J. rom. m.
61
X

Digitized by Google

O. rom. lit.
61 x
Brinz

Digitized by Google

<36622486320013

<36622486320013

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

Lehre von der Compensation.

Eine

civilistische Abhandlung

von

Dr. Alois Brinz.

Leipzig,
Georg Wigand's Verlag.
1849.

49. 2.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Herrn

A. A. F. Rudorff,

ordentl. Professor der Rechte in Berlin,

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueberſicht des Inhalts.

Erſter Abſchnitt.

Die Compenſation tritt nie und in keiner Weiſe von ſelbſt ein.

Erſtes Kapitel.

Aeltere Lehre.

Seite

§ 1.

Zeugniſſe der Quellen gegen das Eintreten der Compenſation von ſelbſt. 1

§ 2.

Das von ſelbſt Eintreten herrſchende Lehre von Tyndarus an bis in dieſes Jahrhundert herein. Unzulänglichkeit ihrer Argumente . . . 4

§ 3.

Frage nach dem Urſprung des Irrthums 6

Zweites Kapitel.

Die moderne Lehre.

§ 4.

Die moderne Lehre läßt die Compenſation nicht wirklich von ſelbſt, ſondern erſt dann von ſelbſt eintreten, wenn ſie nicht von ſelbſt eingetreten iſt 9

§ 5.

Das „von ſelbſt" der modernen Lehre mithin ein fingirtes „vonſelbſt", auch bei Unterholzner, Haſſe, Puchta 11

§ 6.

Nun läßt ſich aber nicht entdecken:

1) warum dieſe Fiction aufgeſtellt ſein ſollte; 15

Digitized by Google

Seite

§ 7.
namentlich bedurfte der Satz, daß vom Tage der compensablen Gegenforderung an der Zins aufhöre, entweder gar keiner, oder einer ganz andern Fiction; 18

§ 8.
2) daß sie aufgestellt worden sei. Das ipso jure der Quellen, in welchem das fingirte von selbst ausgesprochen sein soll, spricht überhaupt nicht für das von selbst Eintreten, geschweige für ein fingirtes 24

§ 9.
Ausführung dieses Satzes 26

§ 10.
Frage nach dem Ursprung des Irrthums. Man war durch die Annahme, daß per exceptionem doli compensirt worden sei, zu dieser Lehre genöthigt 36

§ 11.
Unmöglichkeit, das ope exceptionis und das ipso jure zu vereinigen. Krug's Versuch, das Gegentheil zu beweisen 39

§ 12.
Bethmann-Hollweg's Vereinigungsversuch 43

Zweiter Abschnitt.

Per exceptionem wurde niemals compensirt.

§ 13.
Prüfung der vermeintlichen exceptio als weitere Aufgabe gestellt . . 45

§ 14.
Kraftlosigkeit der Beweise aus der aequitas, sowie aus l. 173 § 3 D. r. j. 46

§ 15.
Der Bethmann-Hollwegsche Beweis 48

§ 16.
Unsicherheit des Beweises aus l. ult. C. h. t. 52

§ 17.
Ferner des Beweises aus § 30 J. act. (4, 6). In diesen Stellen ist wahrscheinlich nur an eine exceptio der Retention gedacht 56

Digitized by Google

§ 18. Seite

Hiegegen mehrere Beweiſe, daß nicht per exc. compenſirt wurde; ja es iſt unmöglich, daß per exc. compenſirt wurde 58

§ 19.

Denn die exceptio im Ganzen und Großen, insbeſondere die exc. doli, kann, wenn ſie bewieſen iſt, nur befreiend wirken. Hiemit iſt die Compenſation unvereinbar. Sintenis Beweiſe, daß die exceptio nicht befreiend wirke 60

§ 20.

Nachweis, daß ſie befreiend wirke, 1) aus der Anlage des str. j. judicium . 63

§ 21.

2) aus § 30 J. cit. ſelbſt. Der Text und Theophilus Paraphraſe widerſprechen ſich 65

§ 22.

3) aus Form und Weſen der exceptio überhaupt und insbeſondere der exceptio doli 66

§ 23.

Beſeitigung einiger Einwürfe und einige ſpeciellere Argumente . . . 69

§ 24.

Fortſetzung. Reſultate 72

Dritter Abſchnitt.

Ueber Urſprung und Entwickelung der Compenſation.

Erſtes Kapitel.

Die gerichtliche Compenſation der claſſiſchen Zeit in *stricti juris judiciis.*

§ 25.

Eine exceptio doli zu Gunſten compenſabler Gegenforderungen wurde allerdings gegeben; aber nicht erſt in Folge eines rescriptum D. Marci (§ 30 J. cit.), ... 76

§ 26.

ſondern ſchon zu Julians Zeit, und es war dies keine exceptio, durch welche, ſondern wegen welcher compenſirt wurde 77

§ 27.

Dieſer exceptio lag eine der Compenſation eigenthümliche Billigkeit zu Grunde 79

Digitized by Google

§ 28. Seite

Compenſirt aber wurde wegen dieſer exceptio nicht prozeſſualiſch, ſondern außergerichtlich 82

§ 29.

Dieſe exc. doli kam noch in claſſiſcher Zeit ab; muthmaßliche Gründe. Ein Verfahren, das den Zweck der exceptio doli ohne deren Nachtheile erreichen wollte, mußte dem Kläger Einklagung eines Ueberſchuſſes, ohne vorgängige Compenſation — dem Beklagten aber Beſtreitung des eingeklagten Ueberſchuſſes durch beſondere Einrichtung der Forml geſtatten 83

§ 30.

Ein ſolches Verfahren exiſtirte bereits neben dem mit der exceptio doli, in der ſingulären actio cum compensatione des Argentarius . . 89

§ 31.

Zwiſchenerörterung über die prozeſſualiſche Conſumtion in Bezug auf dieſe Klagart 91

§ 32.

Sie trat ganz allgemein an die Stelle des Verfahrens mit der exceptio doli. Beweiſe: 1) aus der Sachfälligkeit wegen Zuvielforderung; . 95

§ 33.

2) weil außerdem das ipso jure der C. in claſſiſcher Zeit unerklärlich bleibt 100

§ 34.

l. 7 § 1 D. h. t. Ulp. widerſpricht nicht; 102

§ 35.

3) aus l. 21 D. h. t. 104

Zweites Kapitel.

Außerordentliches Verfahren und die ſpätere Zeit.

§ 36.

Im ſpäteren oder außerordentlichen Verfahren konnte nur ſo compenſirt werden, wie ehedem ex eadem causa in b. f. judiciis vor dem judex: keine exceptio, kein causa cadere mehr, richterliche Auf- und Abrechnung der beiden Forderungen, und prozeſſualiſche Conſumtion . 110

§ 37.

Weitere Begründung. Reſultat, daß unmöglich erſt durch Juſt. l. ult. C. h. t. eine exceptio der Compenſation abgeſchafft und das ipso jure eingeführt werden ſei. Wiederaufnahme der Behauptung, daß es ſich dort um Retention handle 113

Digitized by Google

Seite

§ 38.

Von der Retention. Die Compenſation in b. f. j ihrem Weſen nach Retention. Innere Wahrſcheinlichkeit, daß die Retention per exceptionem doli auf str. j. j. ausgedehnt wurde 116

§ 39.

Deduction hiefür aus § 30 J. cit. Beweis aus l. 30 D. cond. indeb. (12, 6) Ulp. für die claſſiſche Zeit. Grenzenloſes Ueberhandnehmen der Retention in ſpäterer Zeit. Gründe der Abſchaffung der exceptio retentionis; hiedurch äußerliche prozeſſualiſche Gleichheit von Compenſation und Retention 120

§ 40.

Der Gedanke an das Erforderniß der Liquidität und das Bedürfniß derſelben entſprang aus der Abſchaffung der exceptio doli der Retention . 127

Drittes Kapitel.

Von der außergerichtlichen Compenſation.

§ 41.

Alter der außergerichtlichen Compenſation. Sie iſt ein Geſchäft der Parteien. Ob einſeitig oder Vertrag? 132

§ 42.

Warum die Quellen hierüber ſo arm ſind. Entlehnte und eigene Form der außergerichtlichen Compenſation 134

§ 43.

Auch die eigene Form nothwendig ein Vertrag. 136

Vierter Abſchnitt.

Folgerungen.

Erſtes Kapitel.

Von dem Erforderniß der *par species*.

§ 44.

Soweit man unter Compenſation nur compenſationsweiſes Anbringen von Gegenanſprüchen verſteht (l. ult. C. h. t.), bedarf die Compenſation der par species nicht 142

Digitized by Google

Seite

§ 45.

Deswegen und insofern auch Compensation von dinglichen Klagrechten. Verkehrtheit der Ansicht, die alte C. sei unter Voraussetzung der par species auf dingliche Klagrechte erstreckt worden. Unzertrennlichkeit dieses Erfordernisses von der alten, eigentlichen Compensation . . 143

§ 46.

Heute noch setzt die außergerichtliche Comp. parem speciem voraus, und auch im Prozeß muß die C. von gleichartigen Forderungen ausgezeichnet werden (§ 48.) 149

Zweites Kapitel.

Erforderniß der Liquidität.

§ 47.

Die C. gleichartiger Forderungen ist an das Erforderniß der Liquidität nicht zu binden. Allgemeine Gründe 151

§ 48.

Specieller Beweis dafür aus der constitutio D. Severi 152

Drittes Kapitel.

Wirkungen der Compensation.

§ 49.

Der Zeit nach sind die Wirkungen der Compensation nicht vor der Compensation (Vertrag, Einrede) da. — Der Art nach sind die Wirkungen der außergerichtlichen Compensation denen der eigentlichen solutio gleich; die der gerichtlichen denen des in Rechtskraft erwachsenen Urtheils (§ 44. § 36.) 155

§ 50.

Unterschied der Wirkungen der Compensation und derjenigen der compensablen Gegenforderung 157

Digitized by Google

Erſter Abſchnitt.

Die Compenſation tritt nie und in keiner Weiſe von ſelbſt ein.

Erſtes Kapitel.

Aeltere Lehre.

§ 1.

Verwandt mit derjenigen Compenſation, von der wir handeln, aber nicht eins mit ihr iſt die Aufrechnung, von der die Regel: „Necessarias impensas ipso jure dotem minuere“ redet. Iſt die dos, auf welche der Ehemann impensas necessarias verwendet, eine dos aestimata oder theilweis pecuniaria; oder aber weder das eine noch das andere, dagegen jener Aufwand ſo groß als der Werth der Dotalſache; dann tritt eine Minderung, im letzteren Falle gänzlicher Aufgang der dos ipso jure, d. h. in der Art von ſelbſt ein, daß es hiezu bloß des Aufwandes, nicht noch eines beſonderen Geſchäftes bedarf.

Es haben die Römer dieſen Satz nun auch mit Conſequenz durchgeführt. So bedeutet z. B. ein pactum der Ehegatten, worin der Mann auf den Anſpruch aus ſolchen impensae verzichtet,

nichts[1]). Ganz folgerecht. Denn durch die von selbst eingetretene Minderung der dos sind dieselben schon gezahlt; man kann nicht darauf verzichten, daß etwas schon gezahlt sei.

Wie steht es aber, wenn der Ehemann sich die Impensen, etwa vor Restitution der dos, von der Ehefrau eigens bezahlen ließ? Eine condictio indebiti auf Restitution des Gezahlten, vielleicht außerdem noch ein Prozeß über Restitution der dos selbst und abermalige Verhandlung der Impensenfrage ist nächste Consequenz; aber viel kürzer wäre, wenn die Frau nun Anspruch hätte auf die ganze dos. Dem steht die schon eingetretene Minderung der dos entgegen. Indeß zog man kürzeren Rechtsweg jener Consequenz vor: aber nicht mit Verachtung der Consequenz. Nur um ihr Ansehen zu retten wurde die Fiktion aufgestellt: die dos sei in Folge der Impensenzahlung wieder angewachsen.[2])

Eben sowohl wie das ipso jure dotem minui ist auch das ipso jure compensari ein Erzeugniß classischen Rechtes. Will man aber hier wie dort, das „ipso jure" mit „von selbst" verdeutschen, also die Regel aufstellen, daß die Compensation von selbst, blos durch Existenz der compensablen Gegenforderung eintrete, so haben wir hier ein Muster der Folgewidrigkeit, wie dort der Folgerichtigkeit.

Folgewidrig ist dann gleich die Sprache. Prozessualische Ausdrücke wie datur, denegatur compensatio[3]) weisen darauf hin, daß erst durch Vertheidigung compensirt werden soll.

---

1) L. 5. § 2. D. pactis dot. (23,4) Paul. — Si convenerit: „Ne ob impensas necessarias ageretur," pactum non est servandum: quia tales impensae dotem ipso jure minuunt.

2) L. 56. § 3. jure dot. (23,3) Paul. L. 5. § 1. imp. in res dot. (25,1) Ulp.

3) L. 22. D. h. t. Scaev. L. 8. D. h. t. Gaj. Paul. R. S. II, 5. § 3.

Digitized by Google

Ferner ist der Wille, zu compensiren,[4]) und die Wahl mit welcher von mehreren Forderungen compensirt werden soll,[5]) in das Belieben des eingeklagten Schuldners oder Bürgen gestellt. Wie das, wenn schon durch Eintritt einer compensablen Gegenforderung compensirt ist?

So lange die Gegenforderung nicht als in judicium deducirt erscheint, steht aus ihr eine förmliche petitio zu.[6]) Das geht dem Satze, daß Forderung und Gegenforderung sich ipso jure aufheben, schnurstracks entgegen.

Wäre dieser Satz richtig, dann wäre nichts nöthiger, als daß von diesem Tage an keine Zinsen mehr laufen aus den sich deckenden Beträgen. Nun aber bedurfte es einer eigenen constitutio,[7]) um das zu bestimmen.

Bethmann-Hollweg[8]) behauptet, daß, wenn die compensatio nicht ope exceptionis, sondern ipso jure wirke, jeder, gegen den nur immer geklagt werden konnte, durch Compensation frei sei, wenn gleich ihm selbst die Gegenforderung nicht zustand. Das möchte zu allgemein ausgedrückt sein. Aber das ist richtig, daß der Compensation diese Wirkung dann beikommt, wenn das ipso jure nicht blos im Gegensatze zu ope exceptionis, sondern überhaupt zu facto hominis, also so wie in dem ipso jure dotem minui steht. Ist die Vorforderung schon durch Eintritt der Gegenforderung getilgt, dann kann sie gegen Niemanden mehr eingeklagt werden. Dem ist nun aber grundsätzlich widersprochen in l. 10. D. duobus reis (45,2) Papin. l. 18. § 1. D. h. t. Papin. l. 16. pr. h. t. idem l. 9. C. h. t. Gord.

4) L. 2. D. h. t. Julian.
5) L. 13. D. h. t. Ulp. C. 5. D. h. t. Gaj.
6) L. 7. § 1. D. h. t. Ulp.
7) L. 11. D. h. t. Ulp.
8) Rh. Museum für Jurisprudenz I. 4tes Heft S. 270. Anm. 9.

Digitized by Google

§ 2.

Als daher Martinus, wie Tyndarus ſagt, noch in Unklarheit lehrte,[9]) daß die compensatio ſelbſt sine facto hominis eintrete, blieben die Gloſſatoren ungläubig.[10]) Auf die vorher erwähnten Widerſprüche der Quellen gegen dieſen Satz haben ſie treulich hingewieſen. Dagegen griff ihn Tyndarus wieder auf; unter den conclusiones ſeines ſechsten Artikels ſteht an der Spitze: quod compensatio omni casu ſit ipso jure ab initii tempore contractorum debitorum etiam sine hominis ministerio in rebus et juribus compensabilibus, quam tamen conclusionem sub nube enuntiat Martinus glossator antiquus. Seine Arbeit, jedenfalls eifrig und umfaſſend, ſcheint den Ausſchlag gegeben zu haben; Martinus Lehre gelangte zur Herrſchaft; Cujacius[11]) und Noodt[12]) haben ihr nicht widerſtanden; Donellus[13]) ohne Erfolg; Glück[14]) trägt ſie ohne Anfechtung vor.

Tyndarus ſteht durch den Fleiß, mit dem er ſeine Vorgänger behandelt hat, noch mehr aber dadurch einzig da, daß er ſich keine jener Schwierigkeiten verhehlte, die ſeinem Satze entgegenſtanden. In ihrer Beſeitigung aber war er nicht glücklich.

---

9) Tyndari de comp. tract. (Tractatus illustr. J. C. T. VI. P. II. Venet. 1584) art. VI. conclus. I.

10) Eine Ueberſicht ihrer Lehre a. a. O.

11) Ad tit. XXXI. quarti libri Codicis; de Comp. prooem. cf. obs. 8. 16.

12) Ad librum XVI., 2 Dig. (T. II. op. omnia. Col. Agripp. 1732) p. 283.

13) Comment. ad l. IV., 32 Cod. ad leg. si constat. Maſſertius (de compens. tract. unter ſeinen Tractatus tres Lugd. Bat. 1639. quaest. XXVIII.) ſcheint einer der wenigen zu ſein, die ſich von Donellus leiten ließen.

14) Pandekten XV. § 931.

Digitized by Google

Zunächſt mußte, wo Jurisprudenz nicht ausreichte, Dialektik ſie vertreten. Er zerlegte den Eintritt der compensatio in einen ortus und in einen usus oder exercitium. Erſteren nannte er auch die compensatio in potentia. Dem ortus, der potentia nach nun iſt immer von vorne herein compenſirt; allein der usus muß hinzukommen. Nur auf den usus, ſagt er, beziehen ſich die Geſetze, wenn ſie die Wirkung der Compenſation nicht auf All und Jeden erſtrecken, gegen den die Vorforderung eingeklagt werden kann, wenn ſie Wille und Wahl, ob und was compenſirt werden ſoll, dem Schuldner anheimgeben.

Gegen Martinus hatten die Gloſſatoren auch bemerkt, daß es von demjenigen, der der compenſablen Gegenforderung ungeachtet eingeklagt, heiße: male petit. Das ſei verſchieden von nulliter agit, alſo nicht vereinbar mit einer ipso jure vorausgegangenen Aufhebung der Forderungen. Tyndarus wußte hiegegen nichts anderes, als daß das male petere, auch largius ſtatt nulliter agere ſtehe, und bezog ſich auf l. 4. § 2. D. pactis (2¼) Paul., — ante nuptias male petitur quasi si hoc expressum fuisset: et nuptiis non secutis ipso jure evanescit stipulatio.

Die petitio der l. 7. § 1. D. h. t. aber erklärt er aus einer restitutio: nicht etwa aus einer ſolchen, die in Folge prätoriſcher Cognition Platz griff, ſondern: „hoc casu *lex* restituit actionem jam peremtam.“

Was nun vor Allem den ortus und usus compensationis anlangt, ſo kann uns nur darauf ankommen, wie es ſich mit der Compenſation verhalte, wenn man ſie braucht. Für dieſen Fall giebt Tyndarus zu, daß ſie nicht von ſelbſt eintrete.

In l. 4. § 2. D. pactis wird wortdeutlich unterſchieden zwiſchen ante nuptias und nuptiae non secutae. Nur in letzterem Falle erliſcht die Stipulation und wird ein agi non pot-

Digitized by Google

est.[15]) Ante nuptias ist die Klage nur verfrüht: es tritt eine pluspetitio tempore ein, und das heißt male petitur.[16])

Eine lex endlich, die uns nur Tyndarus vorschreibt, können wir nicht gelten lassen.

§ 3.

Heutzutage findet man Tyndars Lehre in ihrer echten Gestalt noch bei Hartter[17]) „Vorbehaltlich der aus der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher fließenden Ausnahmen" läßt er die Compensation „ipso jure und sine facto hominis ihre Wirksamkeit äußern." — Krug scheint mehrere Ansichten zu theilen, die Tyndar'sche und die von der wir im nächsten Kapitel handeln werden.[18]) In letzterer wird anerkannt, daß eine Forderung nicht schon dadurch ganz oder zum Theile untergehe, daß eine compensable Gegenforderung eintritt, oder fällig wird; es wird besonders Geltendmachung des in der Gegenforderung gelegenen Compensationsrechtes verlangt. Das ist die Lehre, welche heutzutage herrscht: freilich mit einem Nachsatze versehen, der über die Aufrichtigkeit des Vordersatzes Zweifel erregt. Aber immerhin ist die Tyndar'sche Lehre gewichen, und wir wollen sie nicht weiter verfolgen. Ohnehin muß gegen die nun herrschende Lehre manches bemerkt werden, was zugleich gegen sie gilt.

Doch die Verwunderung darüber, wie sie so langen Ansehens genießen konnte, läßt sich nicht unterdrücken.

---

15) Z. B. l. 41. § 1. D. j. d. (23,3.) Paul.: — si nuptiae *secutae non fuerint*, ex stipulatu *agi non potest*.

16) L. 1. § 4. D. quando dies ususfr. leg. cedat (7,3) Ulp. — denique Scaevola ait, agentem ante diem ususfructus nihil facere; quamvis alias, *qui ante diem agit, male agit*.

17) Das R. R. der Compensation, München 1837. § 52.

18) Lehre von der Compensation, Leipzig 1833. §§ 24. 25. 26.

Digitized by Google

Donellus ſcheint der Erſte geweſen zu ſein, der zwiſchen die beiden Parteien, einerſeits der Maſſe der Gloſſatoren, welche ein compensari per exceptionem, anderſeits des Gloſſators Martinus, dann Tyndars und der Späteren die ein compensari ipso jure (sine facto hominis) verlangten, mit dem Spruche trat: Ihr habt beide Unrecht.

Das, meinte er, ſei wahr, daß die Compenſation ipso jure liberirt: das ſtehe in den Quellen ſo deutlich, daß man es nicht verdrehen könne. Aber deßwegen ſei der Schuldner noch nicht sine facto suo liberirt, nicht ohne Vorſchützung der Compenſation. Zuweilen wohl ſtehe ipso jure wie sine facto cujusquam; aber ein andermal, wie namentlich in Verbindung mit dem liberari, im Gegenſatze zu per exceptionem, und ipso jure liberari in dem zu ope exceptionis liberari. In dieſem Sinne werde ipso jure compenſirt. [19])

Das iſt gewiß eine einfache Bemerkung, und doch mag ſie zu den Entdeckungen gehören. Seinem berühmten Zeitgenoſſen [20]) kam ſie nicht in den Sinn. Prout importat natura verbi

19) Comm. ad T. XXXI. lib. IV. C. compensationibus ad l. si constat, 4. Martinus admittebat, compensatione debitorem liberari sine facto ullo suo, ut retineat verba hujus rescripti: Joannes dissentiebat et negabat, compensatione liberari ipso jure nisi in usuris, quam dissensionem in glossa Accursii, et alii Interpretes unam ex iis opinionibus sequuntur alii alteram. *Utrique valde imperite.* Verum est, debitorem compensatione liberari ipso jure; nam loci de hac re apertius scripti sunt, quam ut detorqueri possint. Neque ideo consequens est, debitorem liberari compensatione sine facto suo i. e. compensatione non opposita. Non obstat, quod ipso jure aliquid fieri dicitur, cum fit jure sine facto cujusquam. Hoc enim interdum significatur his verbis ipso jure: — alias ipso jure opponitur per exceptionem; quod fit cum agitur de aliquo liberando; ibi liberari ipso jure, et liberari per exceptionem opponuntur.

20) Comment. Cujacii in Tit. Cod. De compensationibus. Prooemium.

Digitized by Google

ipso jure, ſagt Tyndar,[21]) könne nichts anderes damit geſagt ſein, als: sine facto hominis ab initio compensari. Wie ſehr man in dieſe Vorſtellung von dem ipso jure compensari gebannt war, zeigt auch die bei der Mehrzahl der Gloſſatoren herrſchende Lehre. Sie hatten, wie wir eben ſahen, Grund, dieſes ipso jure nicht zu wollen, man griff nun aber nicht zu dem andern, man ſprang auf das entgegengeſetzte Extrem, auf das einer exceptio compensationis. Das hätten die Gloſſatoren nicht gethan, wenn ihnen das ipso jure mit des Donellus Diſtinction vorgeſchwebt hätte. Denn die exceptio zu halten, koſtete viel Mühe: von ihr war in den Quellen nichts zu ſehen; das ipso jure dagegen unauslöſchbar. In der Vielwendigkeit, mit der ſie bei Begründung ihrer exceptio auseinandergingen, zeigte ſich, daß dieſe nur in Noth ergriffen, und weder auf dem Boden des Geſetzes, noch in der eigenen Ueberzeugung gegründet war. Bald wurde gelehrt, daß die Compenſation erſt dann von ſelbſt geſchehe, wenn ſie einmal excipirt ſei — [22]) was, wie wir ſehen werden, ſein Echo gefunden hat; bald hieß es, dann und wann trete ſie von ſelbſt ein; dieſe Fälle aber wurden verſchieden beſtimmt [23]); ein Anderer endlich — der Wahrheit am nächſten — wunderte ſich, daß ſeine exceptio ganz eigener Natur ſei: ſie mache die Klagen nicht nur unwirkſam (elidere), ſondern hebe ſie auf (perimere).[24]) Ihm lag eine ſogenannte exceptio facti im Sinn, und nur das trennte ihn von Donellus, daß er die Compenſation nicht ipso jure geben, ſondern nur wirken ließ.

---

21) Art. VI. primo. a. a. O.

22) Azo in der Summa ad h. t. Cod.

23) S. die Accurſ. Gloſſe zu l. 21. D. h. t. u. l. 4. D. h. t. vgl. die Lehre eines Nicol. de Math. bei Tyndarus a. a. O.

24) Petrus de Bellapertica (bei Tyndarus a. a. O.)

Digitized by Google

Bei solchen Spaltungen der Früheren empfahl sich Tyndarus durch größere Einheit der Lehre und jene Stellen in Digesten und Codex, von denen Donellus sagte, sie lassen sich nicht zur Exception verdrehen.

Zweites Kapitel.

Die moderne Lehre.

§ 4.

Sie lautet ungefähr so: „Die Compensation tritt nicht von selbst ein. Sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten."

In so gefährliche Nachbarschaft sind diese Behauptungen zwar nirgends versetzt worden. Aber was sagte Hasse[1]) anderes, wenn er das ipso jure compensari der Quellen eben so auffaßt, wie das dotem ipso jure minui, und daneben den Satz, daß nicht eher als die Parteien dahin handeln, compensirt werde, mit aller Entschiedenheit vertritt? — Der Art und Weise, wie Bethmann-Hollweg diesen Mißklang zu heben versuchte, werden wir später gedenken; immerhin folgen auch bei ihm[2]) zwei Sätze: „daß die Wirksamkeit der Compensation von der Willkür des Schuldners abhänge" und „daß die Compensation ipso jure in jenem andern Sinne wirkt, nämlich von selbst" rasch auf einander. —

Unterholzner[3]) setzt gleichfalls den „Willen" des Schuldners voraus, vereinigt aber damit, daß die Gegenfor-

1) Ueber die Compensation und ihre Liquidität. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. VII. Nr. 9. S. 156. fg.

2) A. a. O. S. 270.

3) Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen. Bd. I. § 256.

Digitized by Google

derung den Anſpruch geradezu ipso jure aufhebe, worunter er, wie ſich aus ſeinem ſofortigen Vergleiche mit der lex commissoria ergibt, nichts anderes verſteht, als daß die Compenſation, wenn man nur will, von ſelbſt eintrete.

Krug[4]) meint: „daß die Compenſation nicht nothwendig von ſelbſt eintrete, ſondern nur, wenn der Beklagte es will; will er es aber, ſo tritt ſie ohne Weiteres, ohne Erklärung ein.“

Puchta[5]) fordert nicht minder Uebereinkunft der Geltendmachung durch den Beklagten und zwar ope exceptionis; aber wenn geltend gemacht iſt, dann ſei die Sache ſo „als wenn mit Entſtehung der Gegenforderung ipso jure (von ſelbſt) compenſirt wäre.“

Bangerow[6]) erklärt ſich ausführlich: „wenn es nicht recht bezweifelt werden kann, daß die Compenſation nur ope exceptionis wirkt, ſo kann das ipso jure hiebei keinen andern Sinn haben, als den, daß dann, wann einer der beiden Gegengläubiger von ſeinem Einrederecht Gebrauch macht, dieß dieſelbe Wirkung haben ſoll, wie wenn die beiden ſich gegenüberſtehenden Forderungen ſich gleich im Augenblick ihres Gegenübertretens von ſelbſt vernichtet hätten.“

Im Text hat Göſchens[7]) Anſicht nicht dieſes Doppelgeſicht, aber in Note 6) und durch den Strich unter ipso jure pro soluto fällt er der gemeinen Meinung bei.

---

4) Lehre von der Compenſation S. 15. unten.

5) Pandekten von G. F. Puchta. 4te Aufl. (Nach dem Tode des Verf. beſorgt von D. A. Rudorff.) 1848. § 290 vgl. Vorleſungen (aus deſſen Nachlaß herausg. v. D. A. Rudorff 1847.) II. § 290.

6) Leitfaden für Pand. Vorl. Bd. III. Leipz. 47. S. 352 unten.

7) J. S. L. Göſchen Vorleſungen über das gem. Civ.-Recht. Göttingen 1839. B. II. § 464 Anm. 6.

Digitized by Google

Sintenis[7a]) schließt sich „der jetzt wohl ziemlich allgemein angenommenen Ansicht an, daß unter den verschiedenen Bedeutungen von ipso jure hier diejenige gemeint sei, wodurch der Eintritt einer juristischen Erscheinung oder Wirkung ohne vermittelnde Thätigkeit, ohne Willensäußerung eines Betheiligten, also blos in Folge bestehender Rechtsgrundsätze und deren Anwendung auf eine Thatsache angedeutet wird — bei der Gegenrechnung ist dieß nun die Thatsache der Entstehung der Gegenforderung selbst, und sonach muß denn die Wirkung natürlich schon mit dem Augenblick eintreten —" das sei jedoch nur beschränkt der Fall: „wenn der Eine dereinst im Prozeß als Verklagter sich auf seine Gegenforderung beruft, so soll die Wirkung der Compensation schon als zu der Zeit eingetreten betrachtet werden, wo jene entstand" — (natürlich als von selbst eingetreten, denn das liege schon in dem ipso jure).

§ 5.

Hiernach ist Uebereinstimmung darin, daß die Compensation in Wirklichkeit nicht von selbst eintrete. Damit ist eine andere Uebereinstimmung nothwendig gegeben, nämlich die, daß das nebenher angenommene Vonselbsteintreten kein wirkliches sein kann. Es ist nothwendig eine Fiktion, und da das Vonselbsteintreten in dem Ausdrucke ipso jure gefunden wird, so kann auch dieses ipso jure der Quellen nicht mehr als ein fingirtes sein.

Das lassen, wie wir gesehen haben, die Meisten in ihrer Darstellung auch durchblicken. Man soll die Sache so ansehen, als wäre von selbst compensirt. Indeß scheinen sich doch Einige dieser Consequenz entwinden zu wollen.

7a) Zeitschrift f. Civilrecht und Civilprozeß XVIII. S. 3 fg.

Digitized by Google

Unterholzner[8]) vergleicht die lex commissoria: „auch sie mache das Kaufgeschäft mit seinen Folgen geradezu (ipso jure) rückgängig, obgleich immer nur alsdann, wenn der Verkäufer von ihr Gebrauch machen wolle.“ Er scheint demnach den Umstand, daß facto hominis compensirt wird, als eine Bedingung zu fassen, unter der ipso jure d. h. von selbst[9]) compensirt wird. Er will kein fingirtes, sondern ein bedingtes ipso jure. Indeß ist klar, daß diese Auffassung nicht angeht. Sie ist nach allen Seiten hin unmöglich. Vor allem kann die Compensation unter der Bedingung, daß sie facto hominis, nicht von selbst geschieht, nun nicht mehr von selbst geschehen. Eine solche Bedingung fiele unter die conditiones impossibiles. Die vermeinte Bedingung ist also vor allem ihrem Inhalte nach unmöglich. Unmöglich ist sie aber auch ihrer Form nach. Sie ist gar keine Bedingung; das Rechtsgeschäft der Compensation kann man mindestens juristisch nicht als Bedingung der Compensation fassen. Demnach ist die Vergleichung mit der lex commissoria unstatthaft. Gesetzt aber endlich, die Bedingung, die wir nach Inhalt und Form verworfen haben, wäre eine Bedingung und die Vergleichung mit der lex commissoria statthaft; was würde daraus folgen? Ganz das Gegentheil von dem, was U. will. Denn die Aufhebung des Kaufs in Folge der lex commissoria geschieht nicht von selbst, sie datirt von eben der lex, die aber nicht von selbst in den Vertrag hineingekommen ist, sondern durch den Willen und die Handlung der Parteien. Man wird daher in den Quellen nirgends finden, daß jenes Rückgängigwerden des Kaufes „ipso jure“ geschehe.

---

8) a. a. O.

9) Es ist als habe durch ein „gerade zu“ dem „von selbst“ ausgewichen werden sollen.

Digitized by Google

Andere drängen die Fiktion durch ein Zurückrechnen in den Hintergrund. So Hasse[10]): „Eben so versteht sich auch nach Billigkeit von selbst, daß sofern ich ein Interesse dabei habe, das Aufheben der beiden Forderungen durch einander, so weit sie sich decken, zurückgerechnet werden muß bis zu dem Augenblicke, da beide Forderungen zugleich fällig waren. In diesem Sinne kann man schon sagen, die Compensation muß ipso jure eintreten, d. h. es bedarf keines besondern Actes, keiner Verabredung, keiner Liquidation und Aufrechnung, es tritt das von selbst ein." — Diese Auffassung tritt auch in den Vorlesungen Puchta's[11]) hervor. „Die Compensation wirkt ope exceptionis, nicht ipso jure; d. h. nicht schon der Umstand, daß der Gläubiger auch Schuldner seines Schuldners ist, tilgt oder mindert seine Forderung, wenn nicht Uebereinkunft oder Einrede des Schuldners gegen die Klage hinzukommt. Ist dieß geschehen, dann allerdings wird die Wirkung auf die Zeit der Entstehung und Fälligkeit der Gegenforderung zurückbezogen." Daß Puchta von dieser Zurückbeziehung das ipso jure verstehe, zeigt sich im weitern Verlaufe seiner Darstellung, besonders in den Worten, daß das ipso jure von der Compensation gebraucht werden könne „in Beziehung auf die Zurückbeziehung oder Wirkung" (S. 138. Nr. 2.). —

Gesetzt, es sei richtig, daß die Compensation, wenn sie erklärt, opponirt oder verabredet wird, auf einen früheren Zeitpunkt zurückgerechnet, oder wie Puchta sich besser ausdrückt, zurückbezogen werde, so ist nun doch zunächst gegen Puchta zu bemerken:

Erstens, daß der Gebrauch ein derartiges retrotrahere,

10) A. a. O. S. 155. fg.

11) Bd. II. § 290.

Digitized by Google

retrocurrere als ipso jure geſchehenes zu bezeichnen, aus den Quellen nicht nachgewieſen iſt,[12]) ja daß er durch eine entgegenſtehende Auffaſſung der röm. Juriſten ausgeſchloſſen iſt.

Zweitens, daß es uns darauf gar nicht ankommt, ob ipso jure oder auf eine andere Weiſe retrotrahirt wird; wir wollen wiſſen und Puchta ſelbſt geht darauf aus, zu erklären, wie die Compenſation, nicht wie die Zurückbeziehung von ſelbſt eintrete. Daraus, und das gilt gegen Haſſe und Puchta zugleich — daß die Compenſation zurückbezogen oder von ſelbſt zurückbezogen werde, iſt noch immer nicht erklärt, wie die Compenſation von ſelbſt eintrete.

Auch nach Haſſe's und Puchta's Auslegung iſt alſo die Fiktion nur zurück- nicht verdrängt.

Ganz offen dagegen nennt Bethmann-Hollweg den Vonſelbſteintritt eine Fiktion. Seine Fiktion iſt aber ganz eigenthümlich, ſo weit ich ſehe, von Niemand aufgegriffen. Davon weiter unten.

Hier nur die wiederholte Bemerkung, daß neben der Regel: „die Compenſation trete in Wirklichkeit nicht von ſelbſt ein," ein Vonſelbſteintreten, man mag es denken wie man will, nur vermittelſt Fiktion ſtattfinden kann. An dieſer Fiktion nun wollen wir die moderne Lehre prüfen.

---

12) L. 16. § 1. D. pign. et hyp. (20. 1.) Marcianus: Si nesciente domino res ejus hypothecae data est, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum (hoc ipso; vgl. Puchta Pand. § 51. Anm. c.) quod ratum habet, *voluisse* eum retrocurrere (ratihabitionem) ad illud tempus, quo convenit: *Voluntas* autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. — Hier iſt nicht ipsum jus, ſondern die voluntas des Ratihabenten, die Ratihabitio ſelbſt, alſo ein factum hominis als Urſache der Rückwirkung gefaßt.

Digitized by Google

§ 6.

Etwas, das wirklich nicht ist, als wirklich annehmen, macht der menschlichen Vernunft gerade keine Ehre. Darum hat das römische Recht nach der Aushilfe einer Fiktion nur dann gegriffen, wenn es noch unvernünftiger gewesen wäre, nichts zu fingiren.

So dürfen wir daher wohl fragen: „Was bewog zur Annahme der Fiktion, daß die Compensation, nachdem sie facto hominis, also nicht von selbst eingetreten, dennoch schon mit Existenz oder Fälligkeit der compensablen Gegenforderung von selbst eingetreten sei?“

Das fragliche Motiv kann denkbarerweise nirgends anders gelegen haben, als darin, daß man der Compensation gewisse Wirkungen beilegen wollte, die nur daraus erklärlich sind, daß die Compensation von selbst mit der Gegenforderung eintritt.

Sonach gestaltet sich unsre Frage näher dahin: „Was haben die Römer der Compensation für Wirkungen beigelegt, die nur daraus erklärbar sind, daß sie von selbst eintritt?“

Unter den Wirkungen der Compensation muß man sehr unterscheiden zwischen denjenigen, deren die Lehrbücher und denen, deren die Quellen erwähnen. Einmal angenommen, was die ältere Lehre annahm, daß die Compensation wirklich von selbst eintrete, mußten allgemeine Folgerungen aus diesem Satze gezogen werden, so ferne nur die Quellen nicht ausdrücklich widersprachen. So gestand man dem bannitus und excommunicatus, freilich nicht ohne Widerstreben, die Fähigkeit zu, sich seiner compensablen Gegenforderung vertheidigungsweise zu bedienen: war ja die Compensation ohne sein sündhaftes Zuthun schon eingetreten.[13]) Nicht nur die condictio in-

13) Tynd. l. cit. correlaria nro. 3.

Digitized by Google

debiti wegen unterlaſſener Compenſation und das Aufhören des Zinslaufes vom Tage der Gegenforderung an wurden der von ſelbſt eintretenden Compenſation zugeſchrieben: von demſelben Tage an mußte die Forderung an den Bürgen, mußte Hypothek- und Pfandrecht erlöſchen, der Verzug mit allem Nachtheile aufhören, und ſelbſt ein eidliches Verſprechen, zahlen zu wollen, der einmal geſchehenen Compenſation weichen.[14]) Die moderne Lehre befaßt ſich zwar nicht mehr mit dem bannitus und excommunicatus; außerdem aber iſt ihr die zwar nicht wirklich, aber dennoch von ſelbſt eingetretene Compenſation nicht minder wirkſam, als der ſchlichte Vonſelbſteintritt der alten Lehre.[15])

Von all dieſen Wirkungen ſind aber nur quellenmäßig: die condictio indebiti wegen Zahlung ſtatt Compenſation[16]) und das Aufhören des Zinslaufes mit Eintritt der Gegenforderung.[17]) Denn es iſt unmöglich einzuſehen, in l. 5. h. t. Gaj.:

> Si quid a fidejussore petatur aequissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit etc.

liege „ein deutliches Zeichen der Anſicht, daß ſchon die Exiſtenz einer Gegenforderung den Hauptſchuldner befreie.“[18]) Gerade das von Krug hervorgehobene debetur iſt ein deutliches Zeichen der Anſicht, daß der Gläubiger, alſo wohl auch der Hauptſchuldner noch nicht befreit ſei. Paſſender iſt bei Glück[19])

14) Glück a. a. O. § 934 S. 104.

15) Krug a. a. O. § 25. § 27.

16) L. 30. D. cond. ind. 12, 6 Ulp. cf. l. 10. § 2. D. h. t. l. 13. C. h. t. Ulp.

17) l. 4. l. 5. C. h. Alex.

18) Krug a. a. O. § 25. S. 70 oben.

19) a. a. O. Anm. 67.

Digitized by Google

l. 4. h. t. citirt, worauf wir anderswo zurückkommen; aber eben ſo unpaſſend die Regel Ulpian's l. 43. D. solut. (46. 3.).

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur —

Ebenſowenig hieraus [20]) als aus l. 4. D. qui pot. in pign. (20,4) [21]) Pomp. und l. 12. C. h. t. Diocl. et Maxim. [22]) läßt ſich etwas für jene ſofortige Tilgung von Hypothek- und Pfandrecht entnehmen. Offenbar nichts aus l. 43. cit.; denn dort ſteht von der Art und Weiſe der liberatio überhaupt nichts; desgleichen nichts aus l. 4. l. 12. cit.; denn die Befreiung des Pfandes beginnt in keiner der beiden Stellen vor Eintritt der wirklichen Compenſation; dieſe ſelbſt aber erſcheint in beiden Stellen als eine Handlung der Parteien.

Zur Rechtfertigung des durch Exiſtenz der Gegenforderung beendigten Verzuges warfen ſich Krug [23]) und Vangerow [24]) auf l. 31. § 1. D. her. pet. (5,3) Ulp. [25]) Hiegegen beziehe ich mich der Kürze halber eben auf Vangerow, der

20) a. a. O. Anm. 68.

21) Si debitor — rem (aliam) priori creditori vendiderat creditumque pensaverit cum pretio rei etc. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit. —

22) a. a. O. Anm. 68. Anm. 69. Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.

23) a. a. O. 25. S. 71.

24) a. a. O. Anm. 1. S. 353.

25) Si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit: maxime si id fuit debitum quod natura debebatur. Quid tamen si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? Potest dici: ipsum sibi vel solvisse vel debuisse solvere.

Digitized by Google

einige Seiten vorher gegen Krug nachgewieſen hat, daß „dieſe Stelle nicht von Compenſation redet.“

Daß das Verſprechen zu zahlen deßhalb nicht binde, weil ſchon compenſirt, d. h. weil ſchon gezahlt ſei, iſt von jeher bloße Folgerung ohne quellenmäßigen Anhalt geweſen.

§ 7.

Daß nun die römiſche Jurisprudenz zu Gunſten ſolcher Wirkungen, von denen die Quellen nichts berichten, eine Fiktion aufgeſtellt habe, wird Niemand vertheidigen wollen; denn Niemand weiß, ob ſie dieſe Wirkungen ſelbſt wollte. Wirkungen aber, deren die Quellen erwähnen, ſind, wie geſagt, nur jene condictio indebiti und jenes Aufhören des Zinslaufes. Sonach faßt ſich unſre Frage noch beſtimmter dahin:

> War die Fiktion, daß mit der Gegenforderung die Compenſation von ſelbſt eintrete, nothwendig, um eine condictio indebiti wegen Zahlung ſtatt Compenſation und um die Nichtverbindlichkeit zu Zinſen vom Tage der Gegenforderung an zu begründen?

In Betreff der condictio indebiti können wir gleich jetzt Nein ſagen. Zu den Vorausſetzungen der condictio indebiti gehört nicht, daß die Schuld ſchon vor der Zahlung getilgt oder gar nie vorhanden war; genug, daß man ohne Zahlung, durch gewiſſe Vertheidigung, ſich befreien konnte.[26]) Daß Exiſtenz einer compenſablen Gegenforderung eine ſolche Vertheidigung gewähre, das müſſen am allermeiſten diejenigen zugeben, welche derſelben die Kraft einer ſofortigen Befreiung einräumen, und auch wir können es nicht beſtreiten wollen. — Damit iſt aber

---

26) l. 54. D. cond. ind. (12. 6.) Papin. l. 40. pr. eod. Marcian. etc. Vgl. B. Hollweg a. a. O. S. 270. Anm. 9.

Digitized by Google

das Daſein jener condictio indebiti erklärt, ohne daß zu einer fingirt von ſelbſt eintretenden Compenſation gegriffen werden müßte.

So bleibt nur die Zinsfrage.

In Betreff ihrer ſind l. 11. D. h. t. Ulp. und l. 4. Cod. h. t. Alex. ſehr zu unterſcheiden. In erſterer Stelle iſt jene Befreiung von den Zinſen nicht als Wirkung der Compenſation ausgeſprochen.

> Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

Als Grund der Regel: usuras non esse praestandas, gibt Ulpian nichts anderes an, als die constitutio D. Severi. Dieſe fand es weder dem Willen des Schuldners, noch der Billigkeit gemäß, die man vom Gläubiger fordern kann, daß jener Zinſen zahle, indeß ſein eigenes Kapital dem Gläubiger unvergoltenen Genuß bietet. Iſt dieſes wahr, ſo lag in der Billigkeit der Grund, in der Concurrenz ſolcher Forderungen der Anlaß zur Conſtitution, die Liberirung von den Zinſen aber weder in einer Compenſation noch in irgend einem andern der herkömmlichen Befreiungsgründe: ſie lag ſchlechthin in der Conſtitution. Die Befreiung lag namentlich nicht in einer Compenſation. Klagt A. gegen B. nicht ſein Kapital, ſondern blos den Jahreszins von 1000 ein, während B. gleichfalls 1000 ſeit einem Jahre, aber ohne Zinsverſprechen bei A. hat, ſo braucht weder B. noch der Richter mit einer Compenſation der Kapitale ſich zu befaſſen; B. verweigert mit bloßem Bezug auf Exiſtenz, Dauer und Größe ſeiner Gegenforderung den Zins und der Richter ſpricht ihn frei ſchlechthin auf Grund der Conſtitution. Hier iſt eine Vertheidigung ex lege gegeben, gleichwie gewiſſe Klagen auf keine andere Grundlage zurückgeführt wurden, als auf die eines eigenen Geſetzes. Klagt A. aber zugleich das Kapital ein, ſo hat B. eben

Digitized by Google

zwei Befreiungsgründe: gegen den Zins die Constitution, gegen das Kapital die Compensation. Nicht die Compensation befreit von den Zinsen; umgekehrt wird die Compensation von den Zinsen frei; die Constitution bewirkt, daß in die eine der beiden Compensationssummen nicht auch der Zins eingerechnet, und B. statt vollständiger Absolution etwa in 40 verurtheilt werde.

So Ulpian. Anders das kaiserliche Rescript. Dieses hat, wie ein anderes Rescript desselben Kaisers, [27]) die Zinsbefreiung auf die Compensation selbst zurückgeführt. Aber nicht auf die wirkliche Compensation. Denn diese tritt facto hominis meistens in einer Zeit ein, wo Forderung und Gegenforderung schon nebeneinander standen, die Zinsen also schon angewachsen sind. So fände die wirkliche Compensation in obigem Falle bei 4 % Zinsen auf der einen Seite 1040, auf der andern 1000; als Rechnung könnte sie nicht sagen: 1000 von 1040 bleibt nichts; als Zahlung könnte sie mit 1000 nicht 1040 zahlen. Die Regel selbst aber, daß nur durch Handlung der Partei, nicht durch Existenz der Gegenforderung von selbst compensirt werde, konnte das Rescript diesem Falle zu lieb nicht umstoßen; es konnte aus diesem einzelnen Falle auch keine Ausnahme bilden, und etwa sagen: daß zwar nicht bezüglich der Hauptforderungen, wohl aber in Betreff der Zinsen wirklich vom Tage der Gegenforderung an compensirt sei [28]); denn hatte blos A. Zinsen zu fordern, so war eine Compensation der Zinsen gar nicht denkbar.

27) l. 5. C. h. t. Aequitas compensationis usurarum excludit computationem.

28) Auf so etwas kommt die Glosse hinaus z. b. St.: Quod autem dicitur alicubi fieri eam ipso jure, verum est, si ab homine opponatur: hoc tamen fallit in delictis, ubi ipso jure fit — *item ad inhibendum cursum usurarum.* Vgl. oben Kap. 1. §. 3. Anm. 23.

Digitized by Google

Sollte das Aufhören des Zinslaufes dennoch aus der Compenſation hergeleitet werden, ſo blieb nichts übrig, als eine Compenſation außerhalb der wirklichen Compenſation zu fingiren. Aber zur Ehre der kaiſerlichen Jurisprudenz muß man es ſagen: ſie hat [29]) nicht mehr fingirt als nothwendig war. Die wirkliche Compenſation taugte deßwegen nicht zur Begründung der Zinsbefreiung, weil ſie zu ſpät eintrat, weil ſie erſt zur Wirkung kam, als die Zinsforderung ſchon herangewachſen war und das klägeriſche Haben gemehrt hatte. Daher mußte man in der Zeit der Compenſation etwas fingiren: man mußte ſich vorſtellen, die Compenſation ſei früher, und zwar gleich am Tage der Gegenforderung eingetreten, habe die treffenden Quantitäten der Hauptſache und mit ihnen die Nebenſache aufgehoben. Alſo in der Zeit, nicht in der Art und Weiſe der Compenſation mußte fingirt werden. Solcher Art nun iſt wirklich die vom Reſcripte aufgeſtellte Fiktion: wir ſollen uns die Compenſation zu bewußtem Zwecke auf einen frühern Tag zurückdenken; aber die Compenſation, wie ſie iſt, als ein Geſchäft, als eine Handlung von Parteien, nicht als etwas, was ſie nicht iſt, als ein von ſelbſt gewordenes Ding. Wäre uns etwas anderes vorgeſchrieben, wir dürften ihm nicht folgen, weil es zweck- und ſinnlos wäre. Es iſt uns aber nichts anderes vorgeſchrieben.

> Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates ejusque solius, quod amplius

29) Freilich nachdem ſie von Ulpians natürlicher Auffaſſung abgewichen war und principieller ſein wollte.

Digitized by Google

apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Eine andere Lesart, als: „ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet“ ist mir nicht bekannt. Eine Emendation wurde meines Wissens nie versucht; doch scheint sie so nothwendig als irgendwo, denn die compensatio pro soluto zu erachten, ist eine sprachliche Unmöglichkeit. Pro solutione wäre am Platz, wenn damit nur das ipso jure sich construiren ließe. Ipso jure zu dem Vordersatze zu schlagen, wäre ganz falsch, da das Rescript unmöglich sich auf debita civilia beschränken konnte.[30]) Ich sehe keinen andern Ausweg, als vor allem das schließende m von compensatione zu trennen. Der Sinn wird dann jedenfalls dahin gehen, daß etwas als ipso jure gezahlt und zwar durch Compensation zu erachten sei. Als das Etwas ist nichts anderes zu denken, als die im Eingang erwähnte beiderseits schuldige pecunia. Die Diktion aliquid pro soluto haberi oportet kann um so weniger befremden, als auch construirt wird: aliquid pro soluto esse oportet. (l. 72. D. solut. 46, 3. Marcellus.) Ihr ganz entsprechend ist: pro soluto habendum est, quod ex ea causa mulier percepit. l. 48. D. ibid. Marcellus.

Auch jenes nun isolirte m geht uns nicht verloren; wäre Cramer[31]) auf diese Stelle gestoßen, so hätte er sie vielleicht seinen Beispielen von Geminationen angereiht, nämlich compensationem in compensatione eam aufgelöst.

Ich übersetze daher: Ist erwiesenermaßen Einer dem Andern Geld schuldig, dann muß man annehmen, es sei

30) l. 6. D. h. t. Ulp. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

31) Zeitschr. f. gesch. R. W. I, 12. S. 287.

Digitized by Google

durch Compenſation bereits an dem Tage, da die beiden Forderungen zuſammentrafen, ipso jure gezahlt worden, freilich nur zu den gleichen Beträgen ꝛc.

So viel über den Text. Was den Inhalt betrifft, ſo wird allerdings eine Fiktion vorgeſchrieben. Daß wirklich an dem Tage, da die beiden Forderungen zuſammentrafen, compenſirt worden ſei, konnte und wollte das Reſcript nicht ſagen. [32]) Die Fiktion aber geht nicht weiter, als daß an dieſem früheren Tage compenſirt worden ſei, nicht dahin, daß von ſelbſt compenſirt worden ſei. Letzteres pflegt man zwar in dem „ipso jure" zu finden; allein dieſes ipso jure iſt nothwendig mit pro soluto zu verbinden, gleich als hieße es pro ipso jure soluto. Man ſagt nun z. B. ipso jure tollitur stipulatio per stipulationem, ohne daß Jemand daran denkt, die erſte stipulatio werde von ſelbſt, sine facto hominis, aufgehoben; warum iſt man ſo ſchnell bei der Hand, das ipso jure mit „von ſelbſt" zu überſetzen, wenn es heißt, daß Forderungen ipso jure durch Compenſation aufgehoben werden? Wie dort [33]), ſo bedeutet

---

32) Dagegen gehen ſchon die Worte: si constat, invicem *deberi*. Dennoch iſt keine Stelle öfter als dieſe dafür citirt worden, daß Forderung und Gegenforderung ſich von ſelbſt aufheben. Aus den Worten des Reſcripts iſt nicht einmal zu entnehmen, ob an eine wirkliche Compenſation überhaupt gedacht ſei. Vielmehr deuten die Schlußworte: „si modo petitio earum subsistit" auf eine bloße Zinsklage. Gegen dieſe berief ſich der Beklagte auf eine compenſable Gegenforderung, und das Reſcript entſchied, daß wenn es mit dieſer ſeine Richtigkeit habe, (si constat pecuniam invicem deberi), eine Zinsbefreiung bis auf einen gewiſſen Grad allerdings eintrete. Zur Begründung dieſer Sentenz, aber auch nur dazu, wurde einer auf den Tag der Coexiſtenz beider Forderungen zu denkenden Compenſation erwähnt. Weiter iſt von letzterer keine Rede.

33) l. 27. §. 2. D. pact. (2, 14.) Paul. Pactus „ne peteret", postea convenit „ut poteret" ipsius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum

Digitized by Google

auch hier ipso jure den Gegenſatz zu ope exceptionis, den Gegenſatz des ſtärkeren zum ſchwächeren Rechte. Es gibt Fälle, in denen eine Forderung pro soluto zu erachten iſt, wiewohl ſie nur ope exceptionis entkräftet wird. [34]) In unſerem Falle ſollten die Forderungen für *ipso jure* gezahlt erachtet werden; ich glaube deswegen, weil, wie wir ſehen werden, die Compenſation wo ſie als solutio wirklich eintritt, wie die naturalis solutio ipso jure, nicht blos exceptionell aufhebt, und weil die Compenſation, ſo wie ſie wirklich war, auch hier gedacht werden ſollte. Beſonders hervorgehoben aber wurde das ipso jure vielleicht deswegen, weil nur ſo die Zinsbefreiung ſich vollſtändig rechtfertigte. Wäre nur eine exceptionelle Aufhebung der Hauptforderungen fingirt worden, ſo würde hieraus entweder gar keine oder nur eine exceptionelle Befreiung von den Zinſen folgen.

§ 8.

Das iſt alſo die einzige Wirkung der Compenſation, welche nicht in allen Stellen, wohl aber in l. 4, l. 5. C. h. t. [35]) auf eine Fiktion zurückgeführt wird: aber nur auf die Fiktion, daß die Compenſation früher, nicht daß ſie von ſelbſt eingetreten ſei. [36])

Demnach haben wir keinen Grund gefunden, aus dem das römiſche Recht jene beliebte Fiktion des Vonſelbſteintrittes der Compenſation aufzuſtellen veranlaßt geweſen wäre.

---

est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur.

34) Einen ſolchen Fall enthält die unten abgedruckte l. 72 pr. D. solut. (46, 3) Marcellus.

35) Vergl. Anm. 27.

36) So drückt ſich jener Anhänger von Donellus (§ 2. Anm. 13.) aus: quod compensatio retrofingatur factum fuisse ex die, quo mutuo deberi coepit. (quaest. II.)

Digitized by Google

Iſt alſo nicht dargethan, warum die Römer dieſer Fiktion ſich bedient, dann muß uns der Beweis, daß ſie ſtattgefunden habe, um ſo ſtrenger geführt werden. Man muß nachweiſen, daß die Quellen ausdrücklich und unzweideutig von ihr ſprechen.

Dieſen Nachweis liefert man durch Verweiſung auf das ipso jure, das, wie ſchon erwähnt, an mehreren Stellen in Verbindung mit der Compenſation vorkommt. Zwar wird ſich noch zeigen, daß es immer als ein wirkliches ipso jure, und ohne alle Idee einer Fiktion vorkommt. Allein man argumentirt ſo:

> In Verbindung mit compensari oder mit Wirkungen der Compenſation bedeutet ipso jure, daß die Compenſation von ſelbſt eintrete. Eben weil nun gewiß iſt, daß quellenmäßig die Compenſation nicht von ſelbſt geſchieht, kann jener Ausdruck das Vonſelbſt nur in der beſagten, fingirten Weiſe bedeuten.

Das Argument ſtützt ſich alſo auf zwei Sätze: erſtens, daß ipso jure compensari eine von ſelbſt eintretende Compenſation bezeichne; zweitens, daß die Compenſation in Wirklichkeit nicht von ſelbſt eintrete.

Letztern Satz haben wir längſt zugegeben, ja wir ſind von ihm ausgegangen. Den andern aber können wir nicht zugeben.

Daß es ſchwierig ſei ihn zu behaupten, haben die anfänglichen Vertreter der modernen Lehre gezeigt; [37]) Haſſe mußte das ipso jure in l. 4. D. h. t. als Emblem, Bethmann-Hollweg [38]) die Anfangsworte in l. 21. D. h. t. für interpolirt erklären.

---

37) a. a. O. S. 171.

38) a. a. O. S. 284.

Digitized by Google

Sintenis[39]) fand dieſe Verwerfung der Quellen nicht gerechtfertigt, mindeſtens hielt er ſie nicht für nothwendig; bei ihm ſtand feſt, „daß das ipso jure ſich in keiner einzigen Stelle zu ope exceptionis im Gegenſatz denken laſſe.“

Wir aber haben jetzt darzuthun, daß das ipso jure erweislich nirgends auf eine von ſelbſt eintretende Compenſation hindeute. Denn hat die moderne Lehre nicht nachgewieſen, daß das ipso jure überhaupt auf eine von ſelbſt eintretende Compenſation hindeute, dann iſt ihr die Rechtfertigung, daß es ein fingirtes Vonſelbſteintreten enthalte, um ſo minder gelungen.

§ 9.

Den Grund Puchta's[40]) ſelbſt in folgender Stelle das ipso jure als bloßes sino facto hominis zu erklären, kennen wir nicht:

> l. 14. pr. Cod. h. t. Justin. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda.

Hieraus entnimmt man ſonſt, daß die Compenſation ihre alte exceptio doli auf Anordnung Juſtinian's mit einem ipso jure vertauſcht habe. Daß es ſich in der That um die Verwandlung eines ope exceptionis in ein ipso jure handle, iſt gewiß; darauf verweiſen nicht nur die actiones, neben denen das ipso jure hier ſteht, ſondern überdieß die Inſtitutionen § 30. IV, 6. action. Weil das ſonſt allgemein angenommen iſt, gehen wir weiter, zunächſt zu der oben § 7. abgedruckten l. 4. C. h. t. Hier iſt, wie ſchon ausgeführt wurde, der Ausdruck ipso jure zu soluto zu ziehen, und bedeutet nicht, daß von ſelbſt, ſondern daß civi-

39) a. a. O. S. 3. fg.

40) Vorleſungen II. S. 138.

Digitized by Google

liter mit voller Aufhebung der betreffenden Forderungsgrößen gezahlt sein solle.

In der schätzbarsten aller Stellen über Compensation, in l. 21. D. h. t. Paul. kann das ipso jure unmöglich das beliebte s. g. materielle von selbst bedeuten.

> Posteaquam placuit, inter omnes ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

In ihrem ganzen Umfange werden wir die Stelle zu anderem Zwecke zu erklären suchen, hier nur Folgendes: Die Glossatoren [41]) schwankten, ob inter omnes zu dem vorhergehenden placuit oder zu dem Folgenden zu ziehen sei. Offenbar ist nur letzteres denkbar. Placuit inter omnes hieße: [42]) es wurde unter allen Juristen ein Vertrag abgeschlossen.

Uebereinstimmung kam also dahin zu Stande, daß inter omnes ipso jure compensirt werde. Hieße hier ipso jure nur so viel, als sine facto hominis, dann spräche Paulus von einer Neuerung, wornach nun unter Allen die Compensation von selbst eintrete. Also früher sei Forderung und Gegenforderung nur unter Einigen durch bloße Coexistenz aufgehoben worden. Wer vermöchte Sinn und Grund eines derartigen historischen Prozesses anzugeben? Spielen die Worte auf eine Partikularität in der Klage des Argentarius an — und wir vermögen ihnen keine andere Bedeutung zu geben — dann wäre ehedem nur zwischen dem Argentarius und seinen Kunden, also gerade in denjenigen Geschäftsverhältnissen, wo solch ein Satz die größte Verwirrung bringen mußte, in der Art ipso jure compensirt worden, daß Forde-

41) s. d. Glosse zu dieser Stelle.

42) Wie mir Rudorff bemerkte.

Digitized by Google

rungen und Gegenforderungen von ſelbſt, durch bloße Coexiſtenz, einander tilgten. — Dann aber wird als Grund, warum der Procurator nicht zu caviren braucht: quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur, hingeſtellt. Als Grund dieſes Grundes aber ſteht: ipso jure compensari. Darin nun, daß die Compenſation von ſelbſt einträte, könnte der Grund nicht liegen, warum der Kläger weniger als die ganze Forderung einklagte. — Nebenher müßten wir uns wundern, wie Paulus von einem invicem deberi ſprechen mochte, wenn die Compenſation im Moment der Gegenforderung ſchon aufgeräumt hatte.

Nun l. 4. D. h. t. *Paulus*. Alſo von demſelben Paulus rührt folgendes Fragment her:

> Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait: ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

In der zweiten Hälfte haben wir Paulus eigenen Gedanken, in der erſten ſein Referat aus Neratius und Pomponius.

Einert [43]) hat unter theilweiſer Zuſtimmung Krug's [44]) aus quod ex comp. — quo ex comp. gemacht und aus ipso jure *eo minus* das eo von minus hinweg und vor ipso gedacht, als ob es hieße: eodem jure. Einert wollte herausſtellen, daß weder von einem ipso jure noch von einem ope exceptionis,

---

43) Car. Einert progr. de compensatione spec. 1. Lips. 1830.

44) Krug a. a. O. S. 42. Anm. 85. hat unter Hinweiſung auf die Baſiliken, welche quod durch ὅσον wiedergeben, nicht Einerts Conjectur, wohl aber deſſen Auffaſſung von ipso jure gebilligt.

Digitized by Google

ſondern lediglich davon die Rede ſei, daß nach demſelben Rechte, wie der Schuldner, auch der Bürge hafte.

Dem können wir uns unmöglich anſchließen: die Emendation von quod in quo iſt reine Willkür und das übrige Verſchraubung.

Unweigerlich müſſen wir uns gefallen laſſen, daß auf Grund dieſer Stelle der Bürge wegen Compenſation um ebenſoviel als der Hauptſchuldner ipso jure weniger ſchuldig ſei, — und anerkennen, daß dieß die Stelle iſt, auf welche man den Satz, daß der Bürge ſchon durch Exiſtenz der compenſablen Gegenforderung bis auf deren Betrag befreit ſei, ohne offenbaren Ungrund bauen konnte. [45]) Denn haftet der Bürge ſchon jetzt um das weniger, quod reus ex compensatione retinere potest, was alſo facto hominis noch nicht compenſirt iſt, dann — ſo mag man zu ſchließen verſucht ſein — iſt die Compenſation vorher, sine facto hominis, denkbarerweiſe nur mit und durch die Gegenforderung, eingetreten, und hat gleich damals Hauptſache und Acceſſionen aufgehoben.

Indeß ſcheint ſolcher Schluß doch zu raſch. Er ſtützt ſich auf das non tenetur, auf das eo minus debere und fährt fort: Wenn der Schuldner nicht mehr ſchuldig iſt, muß die Forderung aufgehoben ſein. So natürlich das klingt und ſo oft es wahr ſein wird, ſo iſt es doch nicht in allen Fällen wahr. So ſagt Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam nec a naturali jure abhorrentem [46]) Weder von der obligatio noch von der actio konnte hier der Juriſt ſagen: „evanuit, sublata est“; dagegen desinit debitor esse, was mit jenem non teneri gleichbedeutend iſt, hat er ſich zu

45) ſ. oben § 6. Anm. 20.
46) l. 66. D. R. J. (50, 17.)

Digitized by Google

ſagen erlaubt. Warum? Offenbar nicht, weil eine Forderung gar nicht mehr beſteht, ſondern nur deßhalb, weil der Schuldner nun nicht mehr zu leiſten braucht; die noch beſtehende Forderung verbindet ihn zu nichts mehr, als daß er ſich eine exceptio gegen ſie erbitte.

So mag auch in unſern Fällen der Bürge frei genannt werden, nicht weil die Forderung ſchon aufgehoben iſt, ſondern weil er ſie im Wege der Vertheidigung aufheben kann.

Nach jenem Spruch des Marcellus wäre das minus debere, non teneri ſtatthaft, wenn gleich nur ope exceptionis compenſirt würde. Um ſo mehr, wenn die Vertheidigung auf Grund einer compenſablen Gegenforderung, allenfalls ipso jure zuſteht. Nur daß man im letzteren Falle, ſo wie die Stelle thut, ipso jure minus debere, ipso jure non teneri ſagen muß, während im erſteren ein ope exceptionis ſtatt ipso jure ſtände.

Iſt dieſe Auslegung möglich, ſo wird ſie durch zwei Punkte, die in der Stelle ſelbſt liegen, wahrſcheinlich. Einmal wird man das quod ex compensatione reus retinere potest, für eine Paraphraſe von quod compensare *potest* halten müſſen. Von dem Bürgen aber gilt, was von dem Schuldner; was dieſer erſt compenſiren kann, iſt unmöglich für jenen ſchon jetzt compenſirt. — Dann iſt bereits Haſſe [47]) über das male peto ſo bedenklich geworden, daß er das ipso jure lieber für ein Einſchiebſel an Stelle eines alten ope exceptionis erklären, als in ihm jenes ſ. g. materielle von ſelbſt erblicken wollte. In der That zeigt die Bemerkung des Paulus in den Worten male peto ſowohl, als in jenem: condemnari potest, daß er bei dem Ausdrucke ipso jure non teneri an den Prozeß, mithin ipso jure nicht ohne Gegenſatz zu ope exc. dachte.

47) a. a. O. S. 171.

Digitized by Google

Das ſind nun die Stellen, in denen von einer Compenſation in stricti juris judiciis theils ausſchließlich, theils mit die Rede iſt. l. ult. pr. Cod. h. t. cit. ſpricht von omnes actiones, alſo wohl auch von ſtrengrechtlichen Klagen. Die pecunia in l. 4. h. t. cit. macht ſtrengrechtliche Contracte eben ſo wahrſcheinlich, wie ſie der Zins gewiß macht. Daß l. 21. D. h. t. jus strictum vorausſetzt, wird vorläufig durch nichts unmöglich, ſpäterhin gewiß. Endlich hat wenigſtens Paulus in l. 4. D. h. t. an ſolches Recht gedacht; das totum male petere läßt nur an eine plus petitio re, dieſe nur an ein certum, dies nur an ein jus strictum denken [48]).

Nun wird aber ſehr vieles Gewicht noch auf ein Fragment, Ulpian's gelegt, das lediglich von der compensatio in b. f. judicio, von jener Aufrechnung gegneriſcher Anſprüche ex eadem causa handelt. Daß dieſe Compenſation nicht ex dispari specie zuläſſig ſei, daß ſie ipso jure geltend gemacht werde und von jeher geltend gemacht worden ſei, und daß ſie ſich an das Erforderniß der Liquidität nicht zu binden habe, kurz daß ſie ſich in allem Möglichen von einer andern Compenſation unterſcheide, die disparem causam, parem speciem, das Erforderniß der Liquidität und exceptionem doli habe: darüber iſt man einig; nur wo es darauf ankommt, ob die Compenſation von ſelbſt eintrete, macht man zwiſchen hier und dort keinen Unterſchied und argumentirt aus Stellen über compensatio in b. f. judiciis auf die Compenſation überhaupt.

Uns iſt nur um die Compenſation, welche parem speciem vorausſetzt, zu thun. Von ihr iſt die in bonae fidei judiciis in Urſprung und Bedeutung eben ſo verſchieden, wie in der Anwendung. Nur weil wir dieſen Unterſchied noch nicht näher erör-

48) Gaj. IV. § 54.

Digitized by Google

tern können, wollen wir auch auf das ipso jure der Compenſation ex eadem causa in b. f. judiciis eingehen und gerade an derjenigen Stelle, aus der man immer herleitet, daß jener Ausdruck eine von ſelbſt eintretende Compenſation bezeichne, das Gegentheil zu beweiſen verſuchen.

Dieſe Stelle iſt l. 10. pr. D. h. t. Ulp.

Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta.

Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem.

Im erſten Satze pflegt man ein Komma vor ipso jure zu ſetzen, wiewohl es mit dem ipso jure des zweiten Satzes, das nicht mit comp. factam, ſondern mit liberationem factam verknüpft iſt, vereinbarlicher, dann durch die Ausdrucksweiſe: ipso jure desinet teneri bei Marcellus [49]), wie durch die: ipso jure minus deberi in l. 4. D. h. t. gerechtfertigt wäre, auch hier das ipso jure zu desinere zu denken. Daß es dann Ulpian nicht nachdruckshalber vor desinere geſtellt hat, kann ebenſowenig auffallen als daß es in l. 4. D. h. t. nach dem non tenetur ſteht.

Wäre aber die Interpunktion nach ipso jure richtig, dann würde die Stelle nur von einer eingetretenen, nicht von einer ipso jure eingetretenen compensatio reden.

Indeß bleibt die Hauptfrage die, ob hier die beiden Anſprüche, zunächſt der beiden socii des erſten Falles, ſchon ohne weiteres, ohne Uebereinkunft, ohne Gericht, als vollſtändig auf-

49) l. 72. pr. D. sol. et lib. (46, 3.)

Digitized by Google

gehoben zu denken seien; — und der Hauptgrund, das zu bejahen, der, daß von einer compensatio *facta*, also nicht mehr von einem bloßen compensari potest die Rede ist. (Aus dem desinere esse obligatos wird man ebensowenig schließen wollen, als aus ähnlichen Ausdrücken der zuletzt behandelten l. 4. D. h. t.)

Will man nun wirklich Ja sagen, so folgt, daß wenn einer der beiden Genossen von der Nachlässigkeit des Andern noch nichts in Erfahrung gebracht, und deßhalb von jenem belangt sein jus pensationis nicht geltend macht, für ihn kein Mittel bleibt, auf ordentlichem Wege zum Ersatz des ihm erwachsenen Schadens zu gelangen. Dasselbe geschieht, wenn allenfalls der seinerseitige Schaden größer ist, als der des andern Socius, und es rathsamer schien, sei es friedlich, sei es spruchmäßig, den des Andern zahlen, dann aber den eigenen getrennt einklagen zu wollen. Dasselbe trifft auch dann zu, wenn der belangte Socius wider den klagenden sein jus pensationis vorgeschützt, der Richter aber dieses zwar nicht verworfen, doch keine Rücksicht darauf genommen hat. Denn woher soll er in all diesen Fällen ein Klagerecht nehmen, wenn nicht aus einem Forderungsrecht, woher aber ein Forderungsrecht, wenn es durch Compensation längst aufgehoben, ja ipso jure aufgehoben ist? Soll man eine in integrum restitutio etwa auf Grund einer lex wie Tyndarus geben?

Was von dem Beispiel der par negligentia, das gilt auch von dem anderen.

Das nun sind die Folgerungen, welche sich ergeben müßten, wenn die Compensation von b. f. obligationes von selbst, mit dem bloßen Dasein der Gegenforderung einträte.

Allein derselbe Ulpian, der hier von der Wirkung: desinere esse obligatos compensatione facta spricht, macht an einer andern Stelle bezüglich der compensatio in b. f. judiciis

Digitized by Google

dieſelbe Bemerkung wie von der in l. 7. § 1. D. h. t.[50]): daß wenn der Richter die Compenſation nur übergeht, nicht verwirft, hiedurch das eigene Klagerecht des Beklagten nicht geſchmälert ſei. Nur dann, wenn das Anbringen der Compenſation verworfen wird, ſei es um das Klagerecht geſchehen: aber nicht weil von vornherein compenſirt iſt, ſondern wegen der Rechtskraft des Urtheils[51]). Gajus[52]) ſetzt dem jus pensationis der b. f. judicia eine contraria actio ganz allgemein an die Seite: wenn Beklagter aus Gründen, deren ich oben gedacht, nicht zur Compenſation gelangt, dann ſtehe ihm — nicht eine restitutio in integrum, ſondern — das Recht der actio contraria zu.

Alſo ganz das Gegentheil von jenen Folgerungen findet ſtatt: jedem der beiden Anſprüche ex eadem causa ſteht ein eigenes, ordentliches Klagerecht zu; ob er zur Compenſation gebraucht werden ſoll, iſt Sache des Klägers. Mit dieſem ordentlichen Klagerecht iſt unverträglich, daß der Anſpruch mit Entſtehung des Gegenanſpruchs ſchon aufgehoben worden ſei.

Aber wie iſt denn Ulpian in l. 10. pr. cit. zu erklären?

---

50) Si rationem compensationis judex non habuerit, *salva manet petitio;* nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit exceptionem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

51) l. 8. § 2. D. neg. gest. (3, 15.): Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice: *potest contrario judicio agi.* Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, *quasi re judicata* amplius agi contrario judicio non posse.

52) l. 18. § ult. D. commod. (13, 6): Quod contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus, necessariam esse contrariam actionem.

Digitized by Google

Dadurch daß man auf die Worte, compensatione negligentiae facta im erſten und auf compensationem factam videri im zweiten Falle nicht zu viel Gewicht legt. Beide Male redet Ulpian nicht von wirklicher Compenſation, auch nicht von fingirter: ſie ſoll nur das, was er ſagt, veranſchaulichen. Das, was er ſagt (dicendum est), iſt aber lediglich: desinere nos invicem esse obligatos ipso jure im erſten, und factam liberationem ipso jure im zweiten Falle. So konnte er ſagen, ohne daran zu denken, daß die beiderſeitigen Forderungen alles Recht, namentlich ihr Klagerecht verloren hätten: der Grund iſt derſelbe, wie der des non teneri ipso jure etc. in l. 4. D. h. t. [52a]); ſo mußte er ſagen, wenn er einen oder den andern der beiden Socii klagend, Compenſation vorgeſchützt, parem aestimationem und ſich ſelbſt als Richter dachte: als Richter mußte er ſprechen, das quidquid dare facere oportet ex fide bona habe ſich als nichts herausgeſtellt; ſo mußte er ſprechen, gleichviel, ob dieſer oder jener klagte, und alſo fiel für den Einen wie für den Andern das Urtheil dahin aus, daß keiner ſchuldig ſei. Es fiel auch dahin aus, daß ipso jure keiner ſchuldig ſei. Denn der Grund des Nichtſchuldig lag in der intentio formulae, darin daß das oportet ex fide bona unter Berückſichtigung des gegneriſchen Anſpruches ermeſſen werden ſollte: er lag nicht in einer exceptio. — Dem Anſpruche Ulpian's liegt demnach wohl die Vorſtellung einer Compenſation zu Grunde, aber jener wirklichen Compenſation, welche nicht von ſelbſt eintritt, ſondern auf Grund des Zuſatzes: ex fide bona vom Beklagten angebracht und vom Richter vermittelt wird. Von dieſem jus pensationis mußte Ulpian namentlich in einem Falle, wie die zwei gegenwärtigen ſind, ausgehen: denn

52a) Vgl. § 9.

Digitized by Google

hier läßt sich kein Grund denken, warum man statt des jus pensationis sich gesonderter Klagestellung bedienen sollte.

Von dieser wirklichen Compensation schweigt Ulpian: diejenige aber, von der er spricht, ist weder wirklich, noch fingirt. Sie ist nicht wirklich, weil sie die Klagerechte nicht aufhebt; nicht fingirt, weil das ipso jure desinere esse obligatos etc. und ipso jure liberationem factam keiner Fiktion bedarf; ihr Grund liegt in dem Recht des Zusatzes: ex fide bona, der es in die Hand des einen wie des andern Schuldners legt, das quidquid oportet zu einem nihil oportet zu machen. Dieses beiderseitige Nichtschuldig, unter Voraussetzung des prozessualischen jus pensationis, einmal ausgesprochen, konnte Ulpian allerdings zusetzen: „die beiden Fahrlässigkeiten hätten mit einander abgerechnet;“ aber juristische Folgerungen dürfen daraus nicht gezogen werden. Ulpian selbst hat das nicht gethan. Sonst hätte er nicht in dem nächstfolgenden § 1. sagen können: Si quis igitur compensare *potens* solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.[52b]) —

§ 10.

Demnach kann nicht gezeigt werden, daß das ipso jure irgendwo auf eine von selbst eintretende Compensation verweise. Im Gegentheile sahen wir, daß es in l. ult. pr. Cod. h. t. blos den Gegensatz von ope exceptionis und in l. 4. D. h. t. höchstwahrscheinlich denselben Gegensatz ausdrückt. Kann in l. 21. D. h. t. ein wirklicher Vonselbsteintritt Grund der Entscheidung nicht sein, so ist das ebensowenig von einem fingirten denkbar. Wie

---

52b) Ich halte übrigens für wahrscheinlicher, daß dieser § 1. nicht auf das principium, sondern auf andere dem principium vorausgegangene und von den Compilatoren weggelassene Fälle der Compensation zu beziehen ist. Vgl. unten § 30. A. 15.

Digitized by Google

in l. 4. D. h. t., ſo fanden wir auch in der nur auf Compenſation in b. f. judiciis bezüglichen l. 10. D. h. t., daß der Eine wie der Andere ipso jure frei ſei, nicht weil bereits compenſirt iſt, ſondern weil compenſirt werden kann, und zwar nicht blos vermittelſt exceptio, ſondern ipso jure.

Damit hat, wie mich dünkt, die fragliche Fiktion ihren Boden in den Quellen verloren, die Aufſchrift unſeres Abſchnittes aber ihre Rechtfertigung bekommen.

Noch weniger aber als bei der ältern Lehre kann nun mehr die Frage nach dem Urſprung einer Theorie umgangen werden, die auf den erſten Blick ſchon einen ungünſtigen Eindruck macht; die auch innerlich ohne Halt iſt und dennoch von unſern vornehmſten Juriſten vertreten wird.

Ihr Urſprung liegt klar vor Augen.

Es iſt eine allgemeine insbeſondere von den Vertretern dieſer Fiktion feſtgehaltene Lehre, daß in stricti juris judiciis per exceptionem doli compenſirt worden ſei. Während ferner in früherer Zeit die Anſicht beſtand, daß dieſe exceptio doli noch von den claſſiſchen Juriſten aufgegeben[53]) und ſeitdem überall ipso jure compenſirt, d. h. Forderung und Gegenforderung von ſelbſt und civiliter aufgehoben worden ſeien[54]), lehrt man heute, daß wenigſtens ihrem juriſtiſchen Weſen nach jene Compenſation in str. j. judiciis fort und fort exceptio geblieben ſei. Nur in der Form macht man einen Unterſchied: der Gegenſatz von ope exceptionis und ipso jure, ſagen Einige[55]) habe ſich mit Untergang des Formularverfahrens verwiſcht; Andere halten die exceptio der Compenſation bis auf l. ult. pr.

53) l. 21. D. h. t.

54) Vgl. Cujacius prooem. ad h. t. Cod.

55) z. B. Bangerow a. a. O.

Digitized by Google

C. h. t. auch formell feſt.[56]) Alſo darin ſind heutzutage Alle einig, daß mindeſtens in claſſiſcher Zeit formell *per exceptionem doli* compenſirt worden ſei. Vornehmlich aus claſſiſcher Zeit nun aber rührt jenes ipso jure der Compenſation. Keines wollte man aufgeben: weder die exceptio noch das ipso jure. Alſo ſtand ſchon feſt, daß das ipso jure nicht, wie ſo oft geſchieht, den Gegenſatz zu ope exceptionis ausdrücke, ſondern daß es eine mit der exceptio vereinbarliche Bedeutung haben müſſe. Vereinbarlich mit der exceptio ſei das ipso jure in ſeiner „materiellen" Bedeutung, wornach es etwas von ſelbſt Geſchehendes bezeichne. Sonach mußte ein tedes in Bezug auf Compenſation geſetztes ipso jure jenen Vonſelbſteintritt bezeichnen; wo es dieſe Bedeutung nicht annehmen wollte, wurde ſeine Echtheit verdächtigt.[57]) Daneben aber ſtand feſt, daß die Compenſation nicht von ſelbſt eintrete. Was blieb übrig, als ſich, mehr oder minder bewußt, zu jener Fiktion, zu der Annahme eines bloß fingirten Vonſelbſteintrittes zu flüchten?

Das iſt wahrlich eine in die Enge getriebene Theorie, ihre Fiktion ein Werk, wir können noch nicht ſagen der Nothwendigkeit, wohl aber der Noth. —

Alſo glaubte man das Mittel, ſich zu helfen, in der Spaltung des ipso jure gefunden zu haben. Wenn wir nun gleich dargethan zu haben meinen, daß das Reſultat, zu dem man durch dieſes Mittel gelangte, daß jene Fiktion falſch iſt, ſo können wir uns doch noch nicht zufrieden geben: wir müſſen zeigen, daß auch das Mittel, wozu man griff, falſch iſt: daß das *ipso jure* ſich nicht in zwei Hälften ſpalten läßt.

---

56) z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 278.

57) Vgl. oben § 8. Anm. 36. 37. 38.

Digitized by Google

§ 11.

Man darf nicht vergeſſen, daß „ipso jure“ zwar denkbarer Weiſe in verſchiedenen Anwendungen vorkommen kann, aber immer nur Einen Grundgedanken enthalten muß. Nach ſonſt giltigem Axiome dürfte daher nicht vorkommen, daß ipso jure einmal den Gegenſatz bildet zu ope exceptionis, und daß es ein andermal mit ihm Hand in Hand geht. Sind ſich ipso jure und ipso jure gleich, ſo kann ein Drittes, was einem von ihnen entgegengeſetzt iſt, mit dem andern nicht vereinbar ſein.

Dann iſt zu bedenken, daß die Bedeutung „von ſelbſt“ nur eine übertragene iſt, und daß ipso jure dieſe Bedeutung überall oder nirgends hat. Während man bemüht iſt, das ipso jure der Compenſation dadurch mit einer exceptio zu vereinbaren, daß man ihm die Bedeutung: „von ſelbſt“ gibt, wird überſehen, daß es dieſe Bedeutung nicht minder dann hat, wenn es in ſeinem anerkannten Gegenſatze zu ope exceptionis ſteht.

Denn die eigentliche Bedeutung von ipso jure geht dahin, daß etwas kraft Rechtens und zwar bloß kraft Rechtens geſchieht. Sein Gegenſatz iſt allgemein der, daß etwas nicht bloß kraft Rechtens, ſondern unter Vorausſetzung einer Handlung geſchieht.

In einigen Fällen mag als ſolche Handlung ein außergerichtliches Geſchäft gedacht ſein: wie bei dem ipso jure der Confuſion, der Accrescenz, des dotem, peculium minui; ganz vorzüglich aber ſind im Gegenſatze zu ipso jure Handlungen des prätoriſchen Rechtes: Cognitionen, Agnitionen, Reſtitutionen und Exceptionen begriffen. Was namentlich die Exceptio anlangt, ſo hat Jemand ſeine Abwehr gegen die Klage entweder ipso jure, d. h. ſchon kraft ſeines Rechtes, und ohne den Magiſtrat um etwas fragen oder bitten zu müſſen; oder er hat ſie nur

Digitized by Google

ope exceptionis, d. h. nur nach dem Eintritt jener vermittelnden Handlung prätorischen Rechtes.

Insoweit nun dasjenige, was ipso jure geschieht, ohne Voraussetzung gewisser Handlungen geschieht, mag man sagen, es geschieht von selbst; insoweit geschieht aber dann alles von selbst, was ipso jure eintritt. Dadurch also, daß man sagt, ipso jure bedeute auch „von selbst", kann man es seinem Gegensatze zu ope exceptionis nicht entziehen; denn gerade in diesem Gegensatze bedeutet es „von selbst."

Nach dieser Auffassung kann, was ope exceptionis geschieht, niemals ipso jure geschehen; denn eben deswegen, weil es einer vermittelnden Handlung des prätorischen Rechts, weil es seiner Nachhilfe (ope) bedarf, geschieht es nicht schon kraft Rechtens, ipso jure. Fordert die Compensation die Beihilfe einer exceptio, so kann weder die Compensation selbst bloß kraft Rechtens schon da sein, noch kann sie schon kraft Rechtens geltend gemacht werden. Ein ipso jure der Compensation ist durch eine exceptio der Compensation nach allen Richtungen ausgeschlossen.

Unsere Auffassung bestätigen die Quellen.

Vergebens sucht man nach Beispielen des Gegentheils: nach Beispielen dafür, daß ein ipso jure mit ope exceptionis Hand in Hand ginge. Krug ist der Einzige, der ein solches beizubringen bemüht war und wirklich beigebracht zu haben vermeint. Er citirt l. 72 pr. D. solut. (46, 3.) Marcellus:

> Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: *doli mali exceptione* potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. Etenim non est aequum, teneri pecunia amissa; quia non teneretur si creditor accipere voluisset. Quare pro

Digitized by Google

soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.

Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is servus decessit: aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: *ipso jure desinet teneri.*

Dieſe Stelle, bemerkt Krug[58]), zeige, „daß durch den zufälligen Untergang des dem Gläubiger offerirten ſchuldigen „Geldes der Schuldner ipso jure (in der weitern Bedeutung ohne „Weiteres) frei werde, obgleich er dieſe Befreiung nur durch eine „doli exceptio geltend machen kann."

Indeß iſt klar, daß gerade in dieſer Stelle ipso jure und ope exceptionis nicht neben einander, ſondern einander entgegen geſetzt werden.

Krug hat kein Gewicht darauf gelegt, daß Marcellus von zwei Fällen ſpricht. Von dem Schuldner des erſten Falles ſagt Marcellus: doli mali exceptione potest se tueri; von dem des zweiten: ipso jure desinet teneri. Schon ganz äußerlich angeſehen, darf alſo nicht behauptet werden: Marcellus laſſe den Schuldner des erſten Falles ope exceptionis und ipso jure, den des zweiten ipso jure und ope exceptionis frei werden. Marcellus ſagt lediglich, daß der Erſte ſo und der Zweite anders frei werde. Wäre aber deſſenungeachtet Krugs Auslegung richtig, ſo müßte nachgewieſen werden, daß der erſte und der zweite Fall von ganz gleicher Natur ſeien; nur dann ließe ſich annehmen, daß Marcellus von dem einen wie dem andern Falle daſſelbe ſagen konnte und nur willkürlich mit den Ausdrücken wechſelte. Allein im Gegentheil ſpricht Marcellus von zwei ganz verſchiedenen Fällen. Im erſten Falle hat er einen Schuldner, „qui decem

58) a. a. O. §. 10. S. 30. unten.

Digitized by Google

debet," der alſo mit einer certi condictio belangt wird und stricto jure haftet, vor Augen; einen ſolchen läßt er wie Paulus und Julianus von den Folgen der obligatio perpetuata durch ſpätere mora im Empfang nur ope exceptionis frei werden[59]). Der andere Fall betrifft eine Dotalklage. Dachte er an jene actio de dote (und nichts hindert dieſes anzunehmen), deren Ulpian als einer b. f. actio mit der Bemerkung erwähnte, daß es bei ihr, wie überhaupt in b. f. judiciis, keiner exceptio bedürfe, um gegen einen dolus des Klägers aufzutreten[60]),

59) l. 73 D. v. o. (45, 1) Paulus. Stichi promissor post moram offerendo purgat moram: *certe enim* doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. L. 84 § 3 leg. I. (30) Julianus. Si cui homo legatus fuisset, et per legatarium stetisset, quominus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet; mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit. Hier iſt zwar keine certi, aber immerhin eine condictio. Bemerkenswerth ſind die Worte „certe enim" in Paulus Stelle. Das „certe" könnte „mindeſtens" heißen und ſo auf ein Schwanken der Anſichten ſchließen laſſen. Wenn ich nicht irre, ließ Maſſ. Sabinus wirklich ohne exceptio doli frei werden: l. 105 D. v. o. (45, 1) Javol. Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari; cum Damam dares, ego quominus acciperem, in mora fui, mortuus est Dama; an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit: Secundum Massurii Sabini opinionem puto, *te ex stipulatu agere non posse:* nam is existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, *continuo eum liberari.*

60) L. 21 D. sol. matr. (24, 3) — Cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in caeteris b. f. judiciis — Den Satz: exceptionem doli inesse b. f. judiciis, legen manche Rechtslehrer dahin aus, daß wohl auch gegen b. f. actiones der dolus opponirt werde, nur nicht auf dem Wege der förmlichen exceptio; er könne hier noch in judicio opponirt werden. Sie finden nur einen äußerlichen Unterſchied zwiſchen dem Einwand des dolus in b. f. u. str. j. j Das iſt gewiß falſch. Die obligatio ex fide bona beruht eben auf fides; wo ein dolus mitunterläuft, iſt keine fides, keine obligatio, keine actio ex fide. Wer den Spenſer zu ſeinem Verſprechen doloſerweiſe verleitet hat, deſſen Klagerecht ſteht an ſich vollkommen da; die exceptio kommt von außen, von der Seite her. Wer dagegen ein b. f. negotium argliſtig abgeſchloſſen, deſſen Klage leidet innerlich am dolus; es geht ihr ein weſentliches Element, die fides ab; das, daß ſie durch Eintreten des Dolus innerlich leidet, liegt glaube ich in den Worten: exceptio doli *inest* b. f. actionibus.

Digitized by Google

so ergibt sich von selbst, daß Marcellus hier von einer exceptio doli nicht mehr sprechen konnte; das Klagerecht ist ohne exceptio verloren[61]), der Schuldner ipso jure frei. Da, wo letzterer ope exceptionis frei wird, sagt Marcellus bloß desinit teneri (l. 66 D. r. j. 50, 17). Hier durfte er ipso jure zusetzen.

Das ipso jure dieser Stelle steht demnach, weil ope exceptionis nicht stehen darf, wie Krug meint, obgleich ein ope exceptionis gesetzt werden könne.

§ 12.

Schließlich müssen wir der eigenthümlichen Weise gedenken, in der Bethmann-Hollweg die beliebte Fiction aufgefaßt.

Während diese nämlich bei allen Anderen, ohne irgend einen inneren Grund, blos aus der Collision ihrer exceptio und des quellenmäßigen ipso jure entspringt, leitet sie Bethmann-Hollweg aus dem Wesen der exceptio ab. Ein Recht nämlich, das ipso jure aufgehoben werde, höre wirklich und ganz und gar auf; höre es dagegen nur ope exceptionis auf, dann werde sein Dasein zwar an sich anerkannt, aber die Wirksamkeit in einer bestimmten Beziehung müsse ihm abgesprochen werden. „Es werde dann in dieser Rücksicht als nicht vorhanden fingirt, „so behandelt, als wenn es nicht existirte.“[62])

Wir müssen dahingestellt sein lassen, ob sich die Römer das Recht der Ausnahme, und seine Wirkungen als fingirt dachten. Aber darauf kommt es uns an, wie Bethmann-Hollweg von dieser der exceptio ganz allgemein beigelegten fingirten Aufhebungsweise zu dem Satze kommt, daß die Compensation fingirterweise ipso jure, d. h. von selbst eintrete.

61) — actio dotis *evanescit*, sagt Ulpian, wenn Kläger diese auf bona fides beruhende Klage wegen entgegenstehenden dolus nicht mehr einklagen soll — in der vorhin cit. l. 21 D. sol. matr. (24, 3.)

62) S. 265 a. a. O.

Digitized by Google

Seine Folgerung iſt dieſe: Jene fingirte Aufhebung per exceptionem trete meiſtens von ſelbſt, sine facto hominis, alſo ipso jure ein. So auch die exceptio der Compenſation, ſie hebe die beiden Forderungen im Augenblicke ihrer Coexiſtenz zwar nur fingirterweiſe aber immerhin ipso jure, d. h. von ſelbſt auf, und das ſei durch das ipso jure der Compenſation in den Quellen bezeichnet.[63])

Dieſe Folgerung nun aber können wir nicht zugeben. Sei die Aufhebung per exceptionem fingirt, oder nicht fingirt, immerhin fordert ſie, daß ercipirt werde. Eben deswegen findet ſie nicht ſchon ipso jure ſtatt.

Ueberdies tritt der Grund der exceptio, mithin ihre Wirkung nicht bloß ausnahmsweiſe[64]), ſondern meiſtens nicht von ſelbſt ein. Das reichbeſetzte Gebiet der exceptio pacti conventi ruht doch ſtets auf einem factum hominis; die exceptio doli praeteriti zwar auf keinem Rechtsgeſchäft, aber auf einer juriſtiſchen Handlung. Selbſt die exceptio doli praesentis — und als ſolche heißt die exceptio doli exceptio *generalis* — tritt wenigſtens nach derjenigen Vorſtellung nicht sine facto hominis ein, wornach dolo *facit*, qui petit, und eben hierin der Grund der exceptio geſehen wird. Unter der exceptio der Compenſation aber verſteht man gemeiniglich eine exceptio doli.

---

63) vorzüglich a. a. O. S. 267 Anm. 3. S. 269 Nr. 3. u. S. 271 Nr. 3.

64) Als Ausnahme behandelt B.-Hollweg den Fall, wo ſie auf einer in integrum restitutio beruht. A. a. O. S. 267 Anm. 3.

Digitized by Google

Zweiter Abſchnitt.

Per exceptionem wurde niemals compenſirt.

§ 13.

Die moderne Lehre fanden wir darin richtig, daß die Compenſation in Wirklichkeit nicht von ſelbſt eintrete; darin aber, daß ſie fingirterweiſe dennoch von ſelbſt eintrete, falſch. Denn weder warum die Quellen eine ſolche Fiktion aufſtellen, noch daß ſie dieſelbe aufſtellen, war zu erſehen. Selbſt den Weg, auf dem die moderne Lehre zu dieſer Fiktion kam, glaubten wir als irrig bezeichnen zu müſſen. Denn eine compensatio per exceptionem doli läßt ſich mit einer ipso jure eintretenden oder wirkenden Compenſation nicht vermitteln, namentlich nicht durch die unzuläſſige Spaltung oder Verdoppelung des Begriffes ipso jure.

Demnach ſtehen wir an einem Scheidewege. Hier ſind die Quellen, welche den Ausdruck ipso jure in mehrfacher Wendung mit der Compenſation verbinden, mit der Compenſation ſowohl in b. f. judiciis als mit der von ſtrengrechtlichen Forderungen, überdies Quellen aus claſſiſcher Zeit; dort iſt eine compensatio per exceptionem doli, für die claſſiſche Zeit und ſtrengrechtliche Forderungen von der modernen Lehre einſtimmig angenommen. Unſer Intereſſe iſt beſonders darauf gerichtet, was für ein Recht der Compenſation gerade bei ſtrengrechtlichen Forderungen gegolten habe; denn in ihnen iſt die Compenſation engeren Sinnes, ex dispari causa, pari specie, zu Hauſe.

Digitized by Google

Nach unſerer Annahme gibt es keine Vermittlung; wir müſſen entweder das ipso jure, oder die compensatio per exceptionem doli preisgeben.

Prüfen wir nun dieſe compensatio per exceptionem doli.

§ 14.

Einer der gangbarſten Beweiſe für dieſe exceptio doli iſt der, daß die Aequitas als letzter Grund der Compenſation von den Quellen bezeichnet werde. [1])

Das iſt in der That unbeſtreitbar, daß die Compenſation in den Quellen eine Billigkeit genannt wird [2]). Nur folgt daraus noch nicht, daß die Compenſation, daß der auf ſie gegründete oder ſie begründende Schutz ein exceptioneller oder prätoriſcher iſt. Die condictio indebiti, immer stricti juris, alſo wohl jus civile, wird von Papinian ex aequo et bono hergeleitet [3]), und Labeo ſcheidet gar eine naturalis und civilis aequitas [4]). Aus dieſem Wenigen dürfte die Kraftloſigkeit jenes Beweiſes erhellen.

Einen andern Beweis findet man [5]) in l. 173 § 3. R. J. (50, 17) Paulus, 6. Plaut.

Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

---

1) S. z. B. Krug a. a. O. S. 25: „daß die Comp. von den Römern als reine Einrede, ein auf poſitives Recht gegründetes Ausnahmsrecht betrachtet wurde, läßt ſich aus dem Umſtande, daß bei ihr mehr, als bei allen anderen Exceptionen hervorgehoben wird, daß nur die Aequitas ihr Rechtsgrund ſei, ſchließen.“ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 260. 269. 275. 278.

2) l. 5. l. 6. C. h. t. l. 36. D. adm. tut. (26. 7.)

3) l. 66. D. cond. jud. (12, 6): Haec condictio ex aequo et bono introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, consuevit.

4) l. 1. § 1. D. si is qui test. (47, 14).

5) S. z. B. Wangerow a. a. O. S. 347. Anm. 1. I. Hartter a. a. O. S. 14. Anm. 11. Haſſe a. a. O. S. 155. Anm. 7.

Digitized by Google

Ein ſolcher, ſagt man, ſei derjenige, welcher einer compenſablen Gegenforderung ungeachtet einklagt; ihm ſtehe alſo die compensatio per exceptionem doli entgegen. Soll nun aber Paulus mit jenen Worten wirklich den gemeint haben, der trotz compenſabler Gegenforderung einklagt? Es iſt denkbar[5a]), wenn Paulus nicht genau geſprochen hat. Denn genau geſprochen, klagt von zwei wechſelſeitigen Gläubigern jeder gegen den anderen nur das ein, was dieſer, nicht was er ſelbſt zu geben oder zurückzugeben hat: ſeien auch Forderung und Gegenforderung an Größe und Inhalt noch ſo gleich. Die Frage iſt alſo die: Hat Paulus genau geſprochen oder nicht genau? Aufſchluß gibt l. 8. D. dol. mal. (44, 4), ein Fragment, das gleichfalls von Paulus, gleichfalls aus ſeinem 6ten Buche ad Plautium, kurz, das nämliche Fragment iſt, wie l. 173 § 3 R. J., nur vollſtändiger:

> Dolo facit, qui petit quod redditurus est. § 1. Sic si heres damnatus sit, „non petere a debitore," potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.

Nach dem Beiſpiele in § 1 hat Paulus ganz genau geſprochen. Klagt der Erbe, der Teſtamentsvorſchrift ungeachtet, die Schuld ein, ſo klagt er das ein, was er ſelbſt, wenn empfangen, zurückgeben muß. Gegenſtand ſeiner Klage und ſeiner Verbindlichkeit zur Rückgabe iſt ein und daſſelbe Ding. — Zeigt uns Paulus

---

5a) und wird unterſtützt durch l. 3. D. h. t. Pomponius: „Ideo compensatio necessaria est quia interest nostra potius non solvere, quam *solutum repetere*." Indeß darf aus dieſer freieren Sprachweiſe des Pomponius auf die des Paulus in l. 173 cit. nicht geſchloſſen werden, ſo lange Paulus Worten nachweislich ihre nächſte und unmittelbare Bedeutung gegeben werden kann. — Zudem muß ich gleich hier bemerken, daß wenn man auch aus l. 173 cit. auf eine exceptio doli zu Gunſten der Compenſation ſchließen wollte, dies doch eine ganz andere exceptio iſt, als man bisher annahm.

Digitized by Google

ſelbſt, daß er genau geſprochen haben wollte, ſo dürfen wir ſeine Worte nicht auf das Verhältniß compenſabler Gegenforderungen ausdehnen.

§ 15.

Einen andern Beweis führt Bethmann-Hollweg[6]) mit den Worten ein:

„In der That läßt ſich aus den einzelnen unter den Neueren allgemein anerkannten praktiſchen Sätzen auf das Strengſte beweiſen, daß nach dem neueſten römiſchen Recht die Compenſation nicht ipso jure, ſondern per exceptionem wirke.“ — Weil es Bethmann-Hollweg iſt, der dieſen Beweis verheißt, und weil er den ſtrengſten Beweis verheißt, wollen wir ihn wörtlich herſetzen.

„1) Die Compenſation wirkt nicht abſolut, nicht nach allen Seiten hin, ſondern nach der Natur der exceptio nur zu Gunſten desjenigen, dem die Gegenforderung zuſteht,

(l. 9. C. comp.: Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. Cf. l. 18. § 1. l. 16. D. eod.)

und zum Nachtheil desjenigen, gegen den ſie gerichtet iſt. Einer von mehreren correis debendi kann nur mit der eigenen Gegenforderung compenſiren, nicht mit der ſeines Mitſchuldners, er müßte denn Socius oder Bürge ſein;

(l. 10. D. duob. reis [Pap.]: Si duo rei promittendi socii non sint: non proderit alteri, quod stipulator reo pecuniam debet. Von Bürgen ſ. l. 19. D. exc. Von sociis l. 25 pr. D. pactis l. 9. § 1. D. duob. reis.)

daſſelbe muß umgekehrt auch für mehrere correi credendi gelten.

6) a. a. O. S. 270.

Digitized by Google

„2) Die Wirksamkeit der Compensation hängt von der Willkür des Schuldners ab. Er muß sich darauf berufen, damit der Richter sie beachtet, und wenn er es nicht will, so behält er doch seine Gegenforderung und kann sie durch Klage verfolgen.

(l. 1 § 4 D. contr. tut. act. Ulp. Praeterea si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere velit sumtus — —)

daher steht es auch in seiner Wahl, mit welcher von mehreren Gegenforderungen er compensiren will (l. 13. l. 5. D. comp.). Dies ließe sich zwar auch damit vereinigen, daß man die zweite Wirkung annähme und sagte, der Schuldner bezahle durch Abrechnung[7]). Allein dem widerspricht

„3) daß die Compensation ipso jure in jenem anderen Sinne wirkt, nämlich von selbst, und daß von dem Augenblicke an, wo die Forderungen einander gegenüber bestanden, beide als aufgehoben betrachtet werden.

(l. 4 C. h. t. Si constat pecuniam invicem deberi etc.) „Die Worte ipso jure sind hier nicht dem per exceptionem entgegengesetzt, sondern heißen: von selbst, blos durch den allgemeinen Rechtssatz und die Collision der Forderungen bedingt, ohne eine Handlung der Partheien. Eben so in l. 4. l. 10. pr.

7) Was B.=H. unter „der zweiten Wirkung" versteht, erhellt genauer aus S. 268. Nr. 2. „Es läßt sich denken, daß ein positives Recht dem Schuldner das Recht gibt, was bei der compensatio voluntaria durch Uebereinkunft geschieht, durch einseitige Willenserklärung zu bewirken, so daß er dem Gläubiger durch Abrechnung gewissermaßen zahlt. Hierdurch wird dann auch die Forderung ipso jure, d. h. stricto jure, wie durch Zahlung getilgt sein, aber nicht ipso jure im zweiten Sinn, nicht von selbst, sondern durch den Willen des Schuldners, also auch erst von dem Augenblicke an, wo dieser seinen Willen erklärt hat."

Digitized by Google

D. h. t. Dieß würde freilich auch der Fall ſein, wenn die Compenſation nicht *per exceptionem*, ſondern *ipso jure*, wie *confusio* wirkte. Allein, daß dieß nicht angenommen werden könne, iſt im Vorhergehenden gezeigt worden. Und ſo iſt nun der Beweis geführt, daß wenn wir auf alle einzelnen unbeſtrittenen praktiſchen Sätze ſehen, die Forderungen durch Compenſation nicht ipso jure, ſondern per exceptionem aufgehoben werden."

Ich habe im 2ten und 3ten Beweisſatze diejenigen Worte hervorgehoben, mit welchen der Beweisführer ſelbſt erklärt, daß weder der 2te noch der 3te Beweisſatz für ſich allein Beweis mache. Er behauptet, daß die Compenſation von der Willkür des Schuldners abhänge, bekennt aber, daß dies noch nicht auf eine exceptio ſchließen laſſe (Nr 2.); — er behauptet, daß die Compenſation gewiſſermaßen von ſelbſt eintrete, bekennt aber, daß auch das noch nicht auf eine exceptio ſchließen laſſe. (Nr. 3.) Alſo bleibt uns nur noch ein einziger Beweisſatz: der erſte. Dieſer ruht in dem Gedanken, daß, was eine Forderung ipso jure, im Gegenſatz zu ope exc. aufhebt, ſie ganz und dergeſtalt aufhebt, daß ſie zu Nichts wird. [8]) Wo Nichts iſt, iſt auch kein Klagrecht mehr, und zwar gegen Niemanden. Nun aber könne eine Forderung trotz compenſabler Gegenforderung des einen correus doch noch gegen den anderen correus und zwar wirkſam eingeklagt werden. Alſo wirke die Compenſation nicht ipso jure, ſondern nur ope exceptionis.

Hier iſt der Vorderſatz ganz gewiß richtig: eine ipso jure aufgehobene Forderung kann gegen Niemanden mehr eingeklagt werden. Aber wohl zu bedenken: eine aufgehobene Forderung; alſo nicht eine Forderung, die erſt aufgehoben werden ſoll.

8) Vgl. B.-H. a. a. O. S. 264. 199.

Digitized by Google

Soll alſo daraus, daß gegen den correus, welcher die Gegenforderung nicht hat, Klagerecht beſteht, der Bethmann-Hollweg'ſche Schluß gezogen werden, ſo muß feſtſtehen, daß dieſes Klagerecht noch beſteht, *nachdem* compenſirt iſt. Nach Maßgabe unſeres 1ſten Abſchnittes wird in keiner Weiſe von ſelbſt compenſirt. Ja der Bethmann-Hollweg'ſche Beweis ſelbſt will unter anderem (Nr. 2.) gerade darauf geſtützt ſein, daß die Compenſation nicht ohne Willen des Schuldners eintrete. Alſo iſt es quaestio facti, ob in einem gewiſſen Falle ſchon compenſirt ſei. Alſo iſt es quaestio facti, ob in dem Augenblicke, da der Gläubiger gegen jenen correus klagt, ſchon compenſirt ſei.

Wer mag nun behaupten, daß in den Sätzen:

> Ejus, quod non ei *debetur*, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest — (l. 9 C. cit.)

und

> Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam *debet* — (l. 10 D. cit.)

geſagt werde, es ſei in dem Augenblicke, da von dem, der die Gegenforderung nicht hat, compenſirt, oder gegen den, der ſie gleichfalls nicht hat, geklagt wird, ſchon compenſirt?

In beiden Sätzen wird die Gegenforderung noch als beſtehend gedacht. Das erhellt poſitiv aus den Präſentia: debetur, debet. [9]) Würde es auch an einem ſolchen poſitiven Zeichen fehlen, ſo dürfen wir doch den Gedanken, daß ſchon compenſirt ſei, in die Stelle nicht hineintragen.

---

9) Daſſelbe gilt von den weiterhin bei B.-H. angezogenen Stellen: l. 16. pr. D. h. t. Papin. Cum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus vult compensare, quod ab alio *debetur*, non audietur. l. 18. § 1. D. h. t. Papin.: Creditor compensare non cogitur, quod alii quam debitori suo *debet* etc.

Digitized by Google

Alſo iſt in dem Augenblicke, da gegen jenen correus debendi, dem die Gegenforderung nicht zuſteht, geklagt werden darf, noch gar nicht compenſirt. Man kann daher nicht ſagen, daß deswegen Klagrecht gegen ihn beſteht, weil ſo oder ſo compenſirt ſei.

Ueber den Sinn jener allgemein anerkannten praktiſchen Sätze können wir nicht in Zweifel ſein. Sie ſtellen feſt, wer compenſiren darf. Wie die Compenſation wirke, ob ipso jure, ob nur ope exceptionis aufhebend, wenn der dazu Berechtigte compenſirt, iſt eine ganz andere, von der nach der Berechtigung unabhängige Frage. Daß einer der correi mit der Forderung des anderen correus nicht compenſiren darf, leuchtet ein: denn es leuchtet nicht ein, warum er es ſollte thun dürfen. Was geht ihn jene Forderung an? Sie wird ihm erſt dann von Bedeutung, wenn der Berechtigte mit ihr gegen dieſelbe Forderung, für die ſie beide zuſammen haften, compenſirt. Dann iſt gewiß, daß, wenn dieſe Compenſation ipso jure gewirkt hat, gegen Niemanden mehr geklagt werden kann; aber auch, wenn ſie nur ope exceptionis wirkte, wird eben dieſe exceptio auch dem anderen correus zukommen, nicht minder, als wenn der eine ein pactum de non petendo [16]) geſchloſſen hätte.

§ 16.

Ein weiteres ſehr nahe liegendes Argument für die fragliche exceptio doli findet man in l. 14. pr. C. h. t. Justinian.:

> Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda.

So wie dieſe Verordnung daſteht, wird man von ihr gleich-

10) l. 24. § 5. l. 25. pr. l. 23. D. pactis (2, 14.).

Digitized by Google

ſam überrumpelt. Vermuthlich hat einmal ein Präludium darauf vorbereitet, was unter all den compensationes zu verſtehen ſei, die hier aus dinglichen, dort aus perſönlichen Klagen entſpringen. Denn ſo ohne weiteres ſcheint das nicht verſtändlich zu ſein.

Gewöhnlich ſagt man, vor Juſtinian ſei nur in b. f. judiciis ipso jure, in str. j. judiciis dagegen immer noch per exc. doli compenſirt worden. Erſt Juſtinian habe auch in str. j. judiciis ipso jure compenſiren laſſen und das ſei eben in den obigen Geſetzworten verordnet. Dieſer Erklärung ſtehen einige Bedenken entgegen, die Krug [11]) anerkannt, aber nicht überwunden hat. Es läßt ſich nämlich nicht annehmen, daß die Verordnung anſtatt: in bonae fidei et stricti juris judiciis — ex omnibus actionibus geſagt habe. Anſtatt einiger Klaſſen der judicia, ſoll der Geſetzgeber alle actiones geſetzt haben? Das könnte nicht zugegeben werden, wenn es ſchlechthin hieße: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Nun aber wird beigefügt: nulla differentia *in rem* vel personalibus actionibus inter se observanda. Ich meine, damit ſei jeder Zweifel gehoben, daß Juſtinian nicht an Compenſationen in b. f. et str. j. judiciis, ſondern an Compenſationen in dinglichen und perſönlichen Klagen gedacht habe.

Krug ſucht dadurch zu helfen, daß das principium des allegirten Geſetzes in Einem Satze zwei ganz verſchiedene Anordnungen enthalte: 1) die comp. ſolle gegen alle Klagen (b. f. u. str. j. jud.) ipso jure ſtattfinden; 2) es ſolle auch fortan kein Unterſchied zwiſchen in rem und in personam actionibus gemacht werden." Allein von einem „auch" weiß Juſtinian nichts und mit dem nulla differentia etc. beginnt ein erklärender Zuſatz, nicht ein neuer Hauptſatz.

11) a. a. O. S. 57.

Digitized by Google

Sind wir nun aber durch Juſtinians Sprache genöthigt, an Compenſationen in dinglichen und perſönlichen Klagen und ſchlechthin an dieſen Unterſchied zu denken, dann haben wir eine außerordentliche Erſcheinung; außerordentlich entweder in dem Worte „compensationes“, oder darin, daß die Compenſation plötzlich in dinglichen Klagen auftritt. Wie kam die Compenſation von einer Aufrechnung gleichartiger Forderungsgrößen bis zur Verrechnung dinglicher Rechte? Es iſt hier — das bekennt man — [12]) der einzige Ort, welcher von Compenſation dinglicher Rechte ſprich.t — Oder aber man muß annehmen, es ſeien unter den compensationes Dinge mitbegriffen, die man ſonſt nicht compensationes zu nennen pflegt. Läßt ſich ein Inſtitut namhaft machen, das mit dinglicher Klage ein Verhältniß hat und, wenn nicht üblicher, ſo doch denkbarer Weiſe compensatio heißen kann; ein Inſtitut, das von jeher ope exceptionis gewirkt hat, und alſo von nun an ipso jure wirken konnte: dann glaube ich wird die Wahl nicht ſchwer ſein. Wir werden lieber annehmen, daß in den Worten, als in dem Inhalte der Stelle etwas außergewöhnliches ſei.

Mir ſcheint der Gedanke jenes älteren Juriſten [13]) preiswürdig, daß Juſtinian hier unter den compensationes die retentio mitbegriffen habe.

In Beſitz, und dinglichem Rechte gegenüber, wurzelt die retentio. Hat Juſtinian an ſie gedacht, ſo mußte er der in rem actiones gedenken. Die retentio gegen dingliche Klagen wurde bis dahin immer ope exceptionis doli geübt; hier war Raum für die

12) Haſſe a. a. O. S. 181. Anm. 40.

13) G. Frantzkii Comm. in XXI libros priores ad ff. Arg. 1644, ad h. t. n. 18. 199. Er fand mehrere Nachfolger unter den Praktikern, ſ. Lauterbach colleg. theor. pract. Pand. Tubing. a. 1726. P. I. lib. XVI. tit. 2. p. 992.

Digitized by Google

Verordnung: ipso jure fieri sancimus. Schon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten wird aus dieſer retentio zuweilen eine compensatio [14]); um ſo eher konnte der Geſetzgeber ſie ſo nennen.

In § 1. u. § 2. l. cit. heißt es, daß gegen die actio depositi wie gegen recuperatoriſche Interdicte nicht ſoll compenſirt werden können. Muß man nun vielleicht zugeben, daß gegen Depoſitenforderungen wenigſtens in ſpäterer Zeit ſchon eigentliche compensatio ſtattfand, ſo läßt ſich dieſelbe doch nicht gegen ein interd. recuperandae possessionis denken. Dagegen wurde ſchon früher eingeſchärft, daß nicht nur Depoſiten, ſondern auch vitioſer Beſitz nicht ſollten retinirt werden dürfen [15])

Ein Beſtreben Juſtinian's, wie auf anderen Gebieten, ſo auch hier Verſchiedenes gleich zu machen, wird Niemanden befremden. Stoff hiezu war da. Retention wie Compenſation betrafen beide ein Recht des Anſpruchs gegen Anſpruch. Aber das der Retention war immer noch an die exceptio doli gebunden, und dadurch von anderen Wirkungen als die Compenſation, welche unſerer ſpäter zu rechtfertigenden Vermuthung nach von jeher ipso jure ſtattfand, ſeit Aufhebung des Formularprozeſſes aber wahrſcheinlich in b. f. und str. j. judiciis an Geſtalt und Inhalt gleich geworden iſt.

Ein Umſtand endlich, den ich mir anders als aus einer

---

14) Daß zur Bezeichnung einer wahren retentio das Wort compensatio gebraucht worden ſei, iſt freilich nicht nachweisbar (vgl. Krug a. a. O. S. 98. Schenck, die Lehre vom Retentionsrecht. Jena 1837. S. 35.). Allein mitten in Fällen der wahren retentio konnte der Prozeß zur compensatio führen, wie in dem unten § 24. behandelten Falle: nicht als wäre dann die retentio wirklich eine compensatio (wie Sintenis a. a. O. S. 31. zu wollen ſcheint): retentio und compensatio kommen vielmehr neben und wegen einander vor. Aber ein Anlaß, die Worte mit einander zu vertauſchen, war hiermit allerdings gegeben.

15) Schenck a. a. O. § 23.

Digitized by Google

Verſchmelzung von Retention und Compenſation nicht erklären kann, iſt der, daß die beiden Kriterien der einen, alten compensatio: par species und dispar causa im ganzen corpus juris nirgends, dagegen wohl im echten Gajus und Paulus Rec. Sent. grundſätzlich hervorgehoben ſind.

Demnach dürfte es weniger ein läſſiger Sprachgebrauch, als geſetzgeberiſche Abſicht geweſen ſein, das Wort compensatio über die Grenzen ſeiner früheren Bedeutung hinaus zu erſtrecken. Sicher hat die Conſtitution eine erklärende Einleitung gehabt.

Hat es alſo etwas für ſich, daß Juſtinian unter den compensationes mehrerlei Compenſationen verſtand, und darunter die Retentio, dann iſt l. 14. pr. ein mehr als zweifelhafter Beweis dafür, daß jene compensatio, welche gleichartige Größen fordert, und namentlich in ſtrengrechtlichen Forderungen vorkommen mußte, erſt jetzt ipso jure geltend gemacht wurde. Es mag die Umwandlung der exceptio in ein ipso jure ſich nur auf die dinglichen Klagen, nur auf die retentio bezogen haben.

§ 17.

In Verbindung mit l. ult. pr. Cod. cit. ſteht § 30 J. act. (4, 6.)

> In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit,

Digitized by Google

ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Hier ist mit dürren Worten gesagt, daß D. Marcus in str. juris judiciis auch eine Compensation und zwar per exceptionem doli eingeführt habe. Dann ist einer Constitution, offenbar keiner andern als der l. ult. Cod. cit., erwähnt, durch die diese Compensation zu einer ipso jure wirkenden gemacht worden sei.

Diese Nachricht gewährt allerdings positiven Anhalt. Sie ist es auch, auf die sich die Annahme der fraglichen exceptio doli ganz vorzüglich stützt. Gar nicht zu bezweifeln ist, daß D. Marcus etwas von einer exceptio doli rescribirte; ebensowenig, daß diese exceptio die stricti juris judicia betroffen habe. Aber der Sinn des Wortes compensatio ist nicht sicher; der Institutionenverfasser hatte l. ult. Cod. h. t., somit eine Constitution vor sich, in der nicht unwahrscheinlich Retention und Compensation mit einem und demselben Worte compensatio zusammengefaßt, und auch ihrer prozessualischen Form nach einander gleich gemacht worden waren. Im Sinne seiner Zeit und auf dem Boden des geltenden Gesetzes mochte der Institutionenverfasser etwas compensatio nennen, was vielleicht zu D. Marcus Zeit nicht so genannt werden durfte und in seinem Rescripte nicht so geheißen hat.

Und welche compensationes sind denn unter den easdem zu verstehen? Mich dünkt solche, die der von D. Marcus eingeführten genau entsprechen. Denn durch das quae jure aperto nituntur, vor dem „si" zu denken ist, kann „easdem" schick-

Digitized by Google

licherweise nicht seine nähere Beziehung erhalten. Aber die, welche so sind wie die von D. Marcus eingeführte, gehen, wie es weiter hin ausdrücklich heißt, auch gegen in rem actiones. Das können nur die alten Retentionen sein. Ich halte die von D. Marcus eingeführte, vom Institutionenverfasser so genannte compensatio für eine retentio[16]) und glaube nicht, daß der Institutionenverfasser eine andere Auffassung vorschreiben wollte. — Wir werden übrigens auf dieses Thema noch in einem anderweitigen Zusammenhange zurückkommen müssen.

§ 18.

Sind die zwei letzten Beweise, aus § 30. J. cit. und l. ult. Cod. cit., bisher noch nicht widerlegt, so sind sie doch zweifelhaft geworden und verdient keiner mehr Vertrauen als der andere. Hiemit aber ist meines Wissens Alles erwähnt, was zu Gunsten einer compensatio per exceptionem vorgebracht werden kann. Diesem mangelhaften Beweis entgegen stehen nun aber die Stellen, nach welchen ipso jure compensirt wird, nach welchen der Schuldner ipso jure nicht für mehr als den Ueberschuß haftet. Mit diesen Stellen ist jene exceptio unvereinbar.[16a]) Die Echtheit des ipso jure in diesen Stellen anzutasten, dürfen wir uns nicht beikommen lassen: namentlich nicht auf Grund von l. ult. C. h. t. und § 30. J. h. t;. denn letztere Stellen sind in sich selbst zweifelhaft, bedürfen gar sehr einer Erklärung aus dem älteren Rechte, und haben daher keinen An-

16) Bellojus, de comp. (Meerman. thes. J. Civ. et Can. T. IV. p. 733.) muß derselben Meinung gewesen sein: quod Tribonianus in strictis actionibus de doli mali exceptione opponenda rescripsit, *ad actiones in rem pertinere existimo* — nur meint er die Retention gegen dingliche Klagen, was sich mit den str. j. judicia, womit sich das Rescript des D. Marcus beschäftigte, nicht verträgt.

16a) s. oben § 11.

Digitized by Google

ſpruch darauf, über dieſes zu entſcheiden. — Ueber alle Interpolation erhaben aber iſt, daß derjenige, welcher ſtatt zu compenſiren gezahlt hat, ſich einer condictio indebiti bedienen kann.[17]) Bethmann-Hollweg[18]) bemerkt freilich richtig, daß „dieſe Klage nicht nur bei der ipso jure nichtigen Obligation, ſondern auch bei einer per exceptionem „ganz" unwirkſam gemachten Forderung ſtattfindet." Insbeſondere ſteht in dieſer Bemerkung das „ganz" an ſeinem Orte. Denn nur ein debitum, das durch exceptio ganz unwirkſam wird, kann, wenn es indebite gezahlt wird, condicirt werden. Alſo kein ſolches debitum, dem nur eine temporaria exceptio entgegenſteht[19]). Eben deßwegen nun halte ich die weitere Bemerkung Bethmann-Hollwegs: daß dieſe condictio indebiti wegen Zahlung ſtatt Compenſation für keine von beiden Anſichten entſcheide, weder für das ipso jure, noch für das ope exceptionis,[20]) für unrichtig. Denn hat jemals eine compensatio per exceptionem ſtattgefunden, ſo kann letztere nichts anderes geweſen ſein, als eine exceptio temporaria. Oder ſoll meinem Schuldner auch dann noch jene exceptio zugeſtanden haben, wenn ich vorerſt ſeine Forderung zahlte, und nun meine Forderung mit der ihr eigenthümlichen Klage gegen ihn einklagte? — Beſagter condictio indebiti erwähnt Ulpian; ſie iſt daher ein neuer Beweis, daß lange vor Juſtinian nicht per exceptionem compenſirt wurde, und befeſtigt das ipso jure der Quellen.

Endlich aber — und das iſt das wichtigſte, was wir über dieſen Punkt zu ſagen haben — iſt es unmöglich, daß jemals

17) l. 30. D. cond. ind. (12, 6.) l. 10. § 2. D. h. t. Ulp.

18) a. a. O. S. 270. Anm. 9.

19) l. 40. D. cond. ind. (12, 6.) Marcian.: qui exceptionem *perpetuam* habet, solutum per errorem repetere potest. Vgl. l. 56. ibid. Papin.

20) a. a. O.

Digitized by Google

per exceptionem compensirt worden sei. Wir haben hier öfter schlechthin von einer exceptio gesprochen: unter der s. g. exceptio compensationis wird aber immer eine exceptio doli verstanden. Daß nun vermittelst der exceptio im Ganzen und Großen, ganz gewiß und insbesondere aber vermittelst der exceptio doli unmöglich compensirt werden konnte, wollen wir nun zu beweisen suchen.

§ 19.

Bethmann-Hollweg hält es für die natürliche Folge der exceptio doli, daß sie, wenn begründet, zur vollständigen Absolution, außerdem zur vollständigen Condemnation des Beklagten führte.[21]) — Sintenis ist meines Wissens der Erste, der die Bemerkung machte, daß, wenn dem so sei, niemals per exceptionem doli compensirt werden konnte.

So weit hat Jeder von Beiden Recht; weiterhin aber Jeder von Beiden in etwas Unrecht. Bethmann-Hollweg hat Recht, daß er der exceptio doli jene Wirkung beimißt, aber Unrecht, daß er dessenungeachtet durch sie compensiren läßt. Sintenis hat Recht, daß er eine compensatio mit solcher Wirkung der exceptio doli unvereinbar findet, aber Unrecht, daß er deßhalb diese Wirkung der exceptio doli verwirft. Vielmehr muß diese Wirkung der exceptio doli festgehalten, dagegen verworfen werden, daß durch sie compensirt worden sei.

Denn das ist unwiderleglich, daß wenn Kläger seine ganze Forderung entweder durchsetzt oder verliert, eine Compensation nicht stattfinden kann. Ohne Abrechnung, Abzug kann eine Compensation weder außergerichtlich, noch gerichtlich vorkom-

21) a. a. O. S. 276. 277. So auch Krug, der aber die vollständige Abweisung per exc. doli zugleich als poena einer pluspetitio re gelten läßt, S. 50. 199. u. Anm. 109. vgl. S. 59. u. Anm. 129.

Digitized by Google

men. Gerichtlich müßte ſie ſich zeigen entweder in Einklagung des bloßen Ueberſchuſſes, oder in Verurtheilung zu dem bloßen Ueberſchuſſe, oder darin, daß Beklagter nur deswegen abſolvirt wird, weil auf keinen Ueberſchuß erkannt werden konnte. Von all dem wird nichts ſtattfinden, wenn es Prinzip der exceptio doli iſt, daß der Kläger entweder zu ſeiner ganzen Forderung oder zu nichts komme.

Aber daß die exceptio doli in der Art wirke, hat Sintenis unter Zuſtimmung Wangerow's[22]) beſtritten.

Von ſeinen 4 Gründen dürfen wir den, daß außerdem gar nicht mehr von einer Compenſation die Rede ſein könne, als in die Theſis verſtrickt, füglich außer Acht laſſen.

Einen anderen Grund wird Sintenis ſelbſt nicht für ſtark halten, nämlich den, daß Juſtinian in § 30. J. cit. zuerſt von einer condemnatio in reliquum bei b. f. judiciis, dann „ohne allen Anklang einer Verſchiedenheit" von dem inducebatur compensatio in str. j. judiciis ſpreche. Es hat ſchon ſeine Schwierigkeit aus demjenigen zu argumentiren, was Juſtinian geſagt hat, um ſo weniger können wir uns auf das einlaſſen, was er nicht geſagt hat. Aber überdieß zeigt ſich deutlich, daß ein ſtarker „Anklang von Verſchiedenheit" da iſt. Hiervon gelegentlich weiter unten.

Der dritte Grund iſt der, daß die exceptio doli das stricti juris judicium zum bonae fidei judicium mache. Dabei bezieht ſich Sintenis auf Savigny, Syſt. V. S. 501. u. l. 3. Cod. exc. 8, 36.[23]) Allein Savigny bemerkt nur, daß der Prätor

22) a. a. O.

23) Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae judicio si expertus non es, proposita actione consiste: nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: *nam replicatio doli opposita bonae fidei judicium facit et commentum fraudis repellit.*

Digitized by Google

vermittelſt einer exceptio doli die ſtrengen Klagen den freien näher gebracht, nicht, daß er ſie gleich gemacht habe. Mehr wird auch nirgends geſchrieben ſtehen, mindeſtens nicht in l. 3. C. cit. Hier tritt Einer mit ſtrenger Klage[24]) gegen ſeinen Tutor auf; das inzwiſchen vorgekommene pactum de non petendo (heißt es) brauche er nicht zu fürchten, wenn erweislich Hinterliſt dabei mit unterlief; die replicatio doli mache das judicium zum b. f. judicium. Offenbar iſt damit nicht mehr geſagt, als daß er vermittelſt jener Replik im Verfolg ſeiner ſtrengrechtlichen Klage dem dolus ſeines Paciscenten und Beklagten eben ſo gut begegnen könne, als in b. f. judicium ohne dieſe Replik. Daß deswegen die exceptio doli zu bloßer Klagminderung führe, kann Sintenis im Ernſt nicht behaupten wollen. — Charakteriſtiſch iſt der exceptio doli das repellere, summovere, welches immer die ganze Klage betrifft. Erſteres kommt gerade in dieſer Stelle vor.

Endlich hat nach Theophilus Paraphraſe zu § 30 J. h. t.[25]) die exceptio doli des D. Marcus allerdings zur Folge gehabt, daß die opponirte Gegenforderung von der eingeklagten abgezogen und dann in reliquum condemnirt wurde. Krug hat dieſe Notiz

---

24) Darin glaube ich Keller (über l. 42. pr. de m. c. don. und den Satz, daß die exc. doli b. f. judicium mache, Zeitſchr. f. geſch. R. W. XII, 12. S. 403.) nicht folgen zu müſſen, daß die proposita actio in l. 3. C. cit. das judicium tutelae ſei. Vollſtändig hat ſich Keller über l. cit. nicht ausgeſprochen, was wegen der gleich folgenden Behandlung von l. 42. pr. cit. hier zu bedauern iſt. — Im Uebrigen vgl. ſeine allgemeine Betrachtung des Satzes, daß die exc. doli b. f. j. mache. S. 400. fg.

25) — *Καὶ ταῦτα μὲν, ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς. Διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασίλεως, ἥτις φησὶν, ἐναγόμενόν με στρίκτῃ ἀγωγῇ περὶ δέκα νομισμάτων καὶ ἀντεποφειλομένων πέντε δύνασθα, ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφὴν, καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ, δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς πέντε μόνα καταδικάσαι νομίσματα. Ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιοτέρων διατάξεων.*

des Theophilus als unwahr verworfen[26]), und wie wir uns nun zu zeigen bemühen werden, mit Recht.

§ 20.

In bonae fidei judiciis gab ein Zusatz in der Formel: ex fide bona dem Richter die Macht, gewisse Gegenforderungen des Beklagten in Betracht zu ziehen. Dessenungeachtet ist in den b. f. judiciis nicht minder als in denen stricti juris, intentio und condemnatio nur auf die eine klägerische Forderung gerichtet. Aber in der Formel quidquid dare facere oportet ex fide bona ist noch eine weitere Unbestimmtheit, als in dem einfachen quidquid dare facere oportet des str. j. judicium. Die fides pflegt neben Forderungen Verbindlichkeiten zu schaffen, die von einander unzertrennlich sind. Das ist nicht Sache des jus, des strengen Rechts. Für diese mit der Forderung allenfalls zusammentreffenden, von ihr untrennbaren Verbindlichkeiten ist in der intentio ex fide bona noch Raum gelassen.

Nach dem Grundsatz der Geldästimation waren Forderung und Verbindlichkeit als gleichartige Größen gedacht. Auf diese Verbindlichkeit oder Gegenforderung einzugehen nun wurde dem Richter befohlen, nicht als habe er noch über etwas Anderes zu sprechen, als über die eingeklagte Forderung; nur um über diese zu sprechen, sollte er auf jene eingehen. Um über sie zu sprechen, mußte er sie vorher bestimmen; bestimmen aber sollte er nicht nur ihre Existenz, sondern auch ihre Größe, und letztere unter anderem nach Größe der Gegenforderung, d. h. er sollte diese von jener in Abzug bringen. In b. f. judiciis also diente der Zusatz ex fide bona dazu, den Richter zu ermächtigen, daß er die Größe der eingeklagten Forderung nach der von gewissen Gegenforderungen bestimme oder mindere.

26) a. a. O. S. 59.

Digitized by Google

Falls nun der Richter auch in str. j. judiciis ſolche Vollmacht gehabt hat, durch welches Wort der Formel war ſie ihm gegeben? Wir müſſen aus mehreren Gründen ſo fragen. Denn haben wir heutzutage die Regel: quod non in actis, non in mundo, und: ne eat judex ultra petita partium, ſo galt in Rom: ne eat judex ultra concepta verba. In str. j. judiciis war zwar bei incertis formulis durch das *quidquid* dare facere oportet der Richter angewieſen, unter anderem auch die Größe der Forderung feſtzuſtellen; aber die Forderung war stricti juris, alſo einſeitig; eine andere Forderung, ſie zu bemeſſen, war gar nicht da. Alſo nicht nur wodurch, ſondern wie konnte der Richter angewieſen werden, die Größe des quidquid oportet durch eine Gegenforderung zu beſtimmen, oder zu mindern? und gar bei certis formulis? Hier lautete die Inſtruktion dahin, daß er um keinen nummus mehr oder minder zu condemniren habe, als in der intentio ſtand. Wie konnte daher eine Gegenforderung von Einfluß werden auf die Condemnationsſumme? Und gerade in stricti juris judiciis mit certis formulis werden wir, wo nicht immer, ſo doch am öfterſten die compenſablen Gegenforderungen treffen.

Auf unſere Frage iſt zu antworten, daß man muthmaßlich Mittel und Wege fand, auch für str. j. judicia zu erreichen, was in b. f. judiciis billig ſchien. Wurde hier auf einen bloßen Ueberſchuß condemnirt, wenn gleich vornherein incompenſable Größen vorlagen, ſo mußte etwas Aehnliches bei vornherein compenſablen Größen der Forderung und Gegenforderung wünſchenswerth erſcheinen. Aber jedenfalls forderte die Form des str. j. judicium ganz andere Mittel und Wege.

Hier haben wir nur zu verfolgen, daß ſie in einer exceptio doli weder lagen, noch liegen konnten.

Digitized by Google

§ 21.

Gleich Gajus [27]) heben es auch die Inſtitutionen § 30. cit. als Eigenthümlichkeit der b. f. judicia hervor, daß dem Richter hier eine Ausgleichung von Forderung und Gegenforderung zuſtehe. Aber auch in str. j. judiciis, fahren ſie fort, iſt durch D. Marcus etwas Aehnliches eingeführt worden.

Etwas Aehnliches. Der Inſtitutionenverfaſſer ſagt wohl, daß nun auch in str. j. judiciis der Richter die Aufgabe bekommen habe, auf Gegenforderungen zu achten — denn was er immer unter dem Worte compensatio verſtand: ein Recht der Gegenforderung muß es immerhin betreffen — er ſagt aber nicht, daß der Richter auch in str. j. judiciis aufgerechnet und auf ein minus condemnirt habe. Im Gegentheile ſchreibt er dieſe condemnatio in minus im weiteren Verlaufe ſeiner Darſtellung erſt einer Juſtinianiſchen Conſtitution zu:

> Sed nostra constitutio easdem compensationes — latius introduxit, *ut actiones ipso jure minuant.*

Das actiones minuere wird nichts anderes ſein können, als ein in reliquum condemnare [28]); die Möglichkeit deſſen wird mit einem ipso jure in Verbindung gebracht, alſo wohl mit Abſchaffung einer exceptio doli.

Hiernach will der Inſtitutionenverfaſſer nichts anderes ſagen, als daß in Folge einer exceptio doli in str. j. judiciis nicht minder, als in denen bonae fidei auf Gegenforderungen Rückſicht genommen worden ſei. Auf was für Gegenforderungen, iſt nicht näher geſagt; mit welcher Wirkung, das iſt nur

---

27) IV. § 61. — continetur, ut habita ratione ejus quod invicem actorem in eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare.

28) So hat längſt B.-Hollweg (S. 279.) interpretirt und Krug a. a. O. S. 59 angenommen.

Digitized by Google

negativ ausgesprochen: nicht so, daß der Richter, wie in b. f. judiciis nun auch in denen stricti juris die eingeklagte Forderung nach der Gegenforderung bestimmt und gemindert habe.

Jener von Sintenis vermißte Anklang an eine Verschiedenheit in der Wirkung der exceptio doli und der compensatio in b. f. judiciis ist, das sei nachträglich bemerkt, in § 30. cit. demnach allerdings vorhanden.

§ 22.

So ist denn Theophilus wenigstens an dieser Stelle nicht Redacteur der Institutionen gewesen. Sieht man nun auf die dogmatisch-praktische Bedeutung seiner Notiz, so muß er als Paraphrast dem Texte des Gesetzes weichen. Faßt man die Notiz als etwas historisches, so steht ihm das Gesetz an Glaubwürdigkeit nicht nach. Ich denke, Sintenis letzter Beweis für eine Minderung der Condemnation in Folge einer exceptio doli ist dadurch paralysirt. Wir müssen aber zu einem Ueberschuß des Gegenbeweises kommen.

Die exceptio ist ein Zusatz, nicht zur intentio, wie das ex fide bona, sondern zur condemnatio. Wie ihrer Form, so ihrem Wesen nach ist sie eine Bedingung, eine prozessualische Bedingung, von der die Existenz eines prozessualischen Geschäftes, der condemnatio abhängt. Sie ist eine negative Bedingung: nur wenn der in der exceptio genannte Umstand nicht bewiesen wird, soll condemnirt werden. Wie von jeder Bedingung, so kann auch von dieser nichts abhängen, als eine Existenz. Ihr Eintritt entscheidet darüber, ob, nicht ob auf mehr oder weniger condemnirt werden soll.

Aber hat nicht das beneficium competentiae bei den römischen Juristen den Namen exceptio? und dies führt doch gewiß zu einer Minderung der condemnatio. Beides ist wahr, aber

Digitized by Google

es ist auch wahrscheinlich, daß diese exceptio wie in anderen Stücken, so auch in der Form von den übrigen Exceptionen abgewichen sei: daß sie nicht in Form einer Bedingung, sondern mit den Worten quatenus facere potest, wie sie ohnehin auch heißt, vor der Condemnation gestanden. Mir scheint undenkbar, wie diese exceptio die übliche Form einer Bedingung auch nur bekommen konnte. Hat sie solche nicht bekommen, so ist erlaubt zu sagen: sie durfte sie nicht bekommen, und zwar deswegen nicht, weil die Exception als Bedingung nur zur Condemnation oder Absolution, nicht zur Minderung der ersteren führen kann, gerade dieses aber Zweck der exceptio quatenus facere potest ist. So hätten wir zwar eine exceptio, die keine Bedingung ist, aber der Satz, daß die exceptio, sofern sie Bedingung ist, in der angegebenen Weise wirke, stünde um so fester.

Vielleicht wurden noch einige Exceptionen so gestellt, wie die quantum facere potest, oder wie ich lieber sagen möchte, vielleicht heißen noch einige Positionen vor dem condemnare, wiewohl sie die Form der Bedingung nicht haben, dennoch Exceptionen; aber die große Mehrzahl der Exceptionen ist Bedingung. Ihre Mehrzahl ist so groß, daß die Definitionen nur auf sie Rücksicht nehmen, l. 2. pr. D. exc. (44, 1.) Ulp.:

> Exceptio dicta est, quasi quaedam *exclusio*, quae opponi *actioni* cujusque rei solet, *ad cludendum* id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

Die exceptio wirkt Ausschluß des ganzen eingeklagten Rechtes, natürlich wenn die durch sie gesetzte Bedingung eintritt; von theilweisem Ausschlusse ist nichts gesagt, sondern vom Ausschluß schlechthin dessen, was in die intentio, mithin in die condemnatio kommt. § 2. eod. beseitigt, wenn einer da wäre, jeden Zweifel:

> Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replica-

Digitized by Google

tionem exclusoriam esse: exceptio *actorem* excludit: replicatio reum.

So die exceptio im Allgemeinen. Die der Compenſation ſoll eine exceptio doli ſein. Formell gibt ſie Gajus 4, 119. als Bedingung:

Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat.

Was ihre Wirkungen anlangt, ſo ſind „actorem summovere“ und ähnliche Ausdrücke nicht zu zählen[29]). Ihren Sinn gibt Ulpian l. 36. D. v. o. (45, 1.):

Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest, quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. — Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, *hoc ipso dolo facit, quod petit.*

Dolos iſt es nicht, eine Forderung an den zu haben, dem man ſelbſt ſchuldet. Alſo könnte die exceptio doli der Compenſation gegen den Kläger ſich nur darauf ſtützen: quod hoc ipso dolo facit, quod petit. Kläger ſoll alſo gar nicht klagen; iſt die exceptio wahr, ſo muß folgerecht die Klage ganz abgewieſen werden.

Das erhellt auch aus folgendem. Vermittelſt einer exceptio doli würde der Forderung nicht unmittelbar eine Gegenforderung opponirt; letztere diente nur zur Subſtanzirung des dolus. So träte das, was allein zur Abgleichung der Forderungen, zur Minderung der Condemnation führen könnte, die Gegenforderung, in den Hintergrund. Die exceptio doli aber würde völlige Abweiſung der Klage bewirken, gleich viel, ob ſie durch eine Gegenforderung ſubſtanzirt iſt, oder durch etwas anderes.

---

29) ſ. Brisson. sub voce: Submovere.

Aber, möchte Jemand fragen, kann denn Kläger nicht gerade darin dolos handeln, daß er zu viel einklagt? Dieß müſſen wir freilich zugeben: aber nicht, daß deswegen die exceptio doli zu blos theilweiſer Abſolution führen konnte. Denn daß Jemand zu viel einklagte, war nur bei der formula certa möglich. Hiegegen kam es aber überhaupt zu keiner exceptio; Kläger wurde ohne ſie, aber gleichfalls im ganzen Umfange der Klage ſachfällig.

§ 23.

Nun muß ich einiger Bedenklichkeiten gegen die Excluſivität der exceptio doli erwähnen, die bei Sintenis nicht hervorgehoben ſind.

Paulus in ſeinem liber singularis de variis lectionibus ſchrieb laut l. 22. pr. D. except. (44, 1.):

> Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Daß es hiernach Exceptionen gibt, welche zur Minderung der Condemnation führen, iſt unbeſtreitbar. Ein Beiſpiel hatten wir ſchon oben an der exceptio quod quis facere potest. Selbſt daß es ſo grundſätzlich ausgeſprochen wird, könnte nur dann auffallen, wenn jenes Beiſpiel das einzige wäre. Gothofredus notirt zu modo eximit: „ut peremtoria“; zu modo minuit: „ut dilatoria — velut si nondum tempus agendi sit.“ Es will jedoch nicht einleuchten, wie der Aufſchub des Klagrechts und die Minderung der Condemnation zuſammenkommen. Beſſer beſchränkt ſich die Gloſſe zu dem modo minuit auf die Bemerkung: „ut ea quae facit damnari, in quantum facere potest.“ Gewiß hätte ſie aber auch die exceptio divisionis [30])

30) l. 26. D. fidej. (46, 1.) l 28. eod. Paul.

Digitized by Google

beifügen können. Was Paulus außerdem noch für Fälle gemeint, darüber wage ich nur eine Vermuthung[31]). Daß Ulpian[32]) dieſer Scheidung nicht gedenkt, läßt derlei Exceptionen als etwas außerordentliches erſcheinen und annehmen, daß ſie als Exceptionen nicht im engeren Sinne des Wortes in Betracht kamen. — Uns liegt jedoch nur daran zu wiſſen, ob die exceptio doli derſelben Scheidung verfiel, der Paulus die exceptio im Allgemeinen unterwirft. In Paulus Worten liegt kein Grund, das anzunehmen. Aus dem, was wir oben im Allgemeinen über die exceptio doli ſagten, müſſen wir ganz das Gegentheil folgern. Eine ſpecielle Beſtätigung aber, daß ſie nicht zu einer Minderung der condemnatio führte, kann nicht unerwünſcht ſein. Sie liegt in folgender Stelle:

> l. 2. D. exc. dol. (44, 4.) Ulp. § 7. Item quaeritur, si statuliberum mercatus quis fuerit, jussum decem dare, cum hoc ignoraret, et duplam stipulatus fuerit, deinde decem acceperit? Evicto eo in libertatem, agere ex duplae stipulatione potest: sed nisi decem, quae implendae conditionis causa acceperit, deduxerit, *exceptione summovendus erit.* Et haec ita Julianus quoque scripsit. Si tamen ex re emtoris, vel ex peculio, quod ad emtorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici, exceptionem non nocere: *quia dolo non faceret.*

Der Verkäufer ſoll hier Eviction präſtiren für einen verkauften Sclaven; er hatte duplam promittirt; die Klage iſt ſtrengrechtlich. Unter den obwaltenden Umſtänden ſchien es hart, daß der Verkäufer die volle dupla gewähre; denn war

31) Möglicherweiſe hieß die der condemnatio vorangeſtellte deductio auch exceptio.

32) l. 2. D. exc. (44, 1.)

Digitized by Google

Käufer gleich des Gekauften entſetzt, ſo kam ihm doch in Folge des Kaufs ein Vortheil zu: das Löſegeld des in libertatem evincirten Sclaven. Dieſes wäre reiner Profit geweſen, und zwar ein ſolcher, auf den Käufer beim Einkauf gar nicht ſpeculirt hatte; geſchweige denn ein vertragsmäßiger Profit: denn es war ihm unbekannt, daß der servus Statuliber ſei. Was war zu thun, um dem Verkäufer die volle Haftung leichter zu machen? Diejenigen, welche annehmen, daß die exceptio doli Minderung der Condemnation zulaſſe, hätten gegen den Käufer und Stipulator, ſofern er auf die volle dupla klagte, eine exceptio doli gegeben, dem Beklagten den Beweis des an den Käufer gekommenen Löſegeldes aufgelegt und im Fall des Beweiſes letzteres von der Summe der intentio condemnatiove abgezogen, demnach vermittelſt einer exceptio doli compenſirt. Nach Ulpian's Worten ging es anders. Entweder mußte Kläger gütlich Abzug geſtatten, oder es war dolos, daß er überhaupt klagte (quia dolo — faceret am E.). Für den Fall, daß er den Abzug geſtattete, wurde eine deductio zur condemnatio geſtellt; that er es nicht, ſo bekam Beklagter die exceptio doli, deren Wirkung eben die war, daß Kläger alles verlor (summovendus erit).

Das Eigenthümliche, was uns dieſer Fall lehrt, iſt, daß die exceptio doli[32a]) allerdings zu einer Minderung der Condemnation beitragen kann: aber nur indirect. Kläger muß ſie fürchten und wenn er ſeiner Sache nur halbweg nicht traut, zu gütlichem Abzug greifen. Dann wird aber eine exceptio doli nirgends ſichtbar. Tritt ſie wirklich auf (exceptione doli *posita*), als in die Formel geſtellter Schutz des Beklagten, dann iſt von keinem Abzug,

32a) Daß die Stelle von einer exceptio *doli* redet, wird Niemand bezweifeln wollen; außerdem müßte auf die Stellung im Titel de doli mali et met. exc., vornehmlich aber auf die Schlußworte verwieſen werden.

Digitized by Google

von keiner Compenſation die Rede. Erweist ſie ſich, ſo wird Beklagter, und wenn 1 gegen 1000 ſtünde, abſolvirt: nicht wegen ſeiner Gegenforderung, ſondern wegen des dolus des Klägers.

§ 24.

Eine Stelle, die etwas anderes zu ſagen ſcheint, iſt folgende: l. 48. D. r. v. (6, 1.) Papin.

> Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt: *verum exceptione doli posita, per officium judicis servantur:* scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant. *Etenim admissa compensatione*, superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Hier tritt die exceptio doli wirklich auf. Was iſt die Folge? eine völlige Abſolution des Beklagten? Papinian ſagt nichts hievon; im Gegentheil, er redet von Compenſation, und einer Pflicht des Klägers, die ſich mit Abſolution des Beklagten nicht verträgt. Aber wir dürfen auch fragen: Iſt von einer condemnatio in reliquum die Rede? und müſſen antworten: Auch das nicht. In der That iſt von etwas ganz anderem die Rede: von einer exceptio doli weder in bonae fidei noch in stricti juris judiciis, ſondern in einer dinglichen arbiträren Klagſache.

Der erſte Satz Papinian's, der uns weniger berührt, iſt der, daß ſelbſt der bonae fidei possessor wegen Aufwand auf das Beſitzthum weder gegen ſeinen Auctor, wenn er es titulo lucrativo bekam, noch gegen den Eigenthümer Klagerecht hat. Aber, fährt Papinian fort, 1) eine exceptio doli, 2) officium judicis, 3) aequitatis ratio ſollen zuſammenwirken, um dem

Digitized by Google

bonae fidei possessor denjenigen Aufwand zu wahren, der nicht schon durch die vor der Litiscontestation gewonnenen Früchte gedeckt ist. — Die vor der Litiscont. gewonnenen Frücht hat der b. f. possessor, weil er den Aufwand hat. Den Aufwand, für den er die Frucht hat, kann er gegen Niemanden mehr ansprechen. Nur der Aufwand, aus dem nicht er, sondern der künftige Besitzer die Frucht hat — daß ihm der erstattet werde, dazu, meint Papinian, soll helfen was kann.

Die drei Mittel, welche Papinian vorschlägt, haben wir aufgezählt. Die besondere Weise ihrer Wirkung stellt er so dar:

Etenim admissa compensatione superfluum sumtum, meliore praedio facto, dominus restituere cogitur.

Auch hier sind drei Dinge zu unterscheiden:

1) eine compensatio; dann in den Worten restituere cogitur:
2) ein Restitutionsbefehl, sowie
3) ein Restitutionszwang.

Je eine dieser 3 Wirkungen entspricht je einem der 3 obigen Mittel.

Erstens trifft die Compensation mit der aequitatis ratio zusammen. Es ist namentlich Papinian, der die Compensation aus der Aequitas herleitet. [33]) Im gegebenen Fall verlangt der Beklagte Erstattung des Aufwandes, Kläger aber, daß wenigstens die gewonnene Frucht in Abzug komme. Nach beiden Seiten muß der Richter zugeben: „admissa compensatione" geht auf das Begehren des Klägers. Daß er zugebe, sofort zur Abschätzung der Früchte und des Aufwandes schreite und soweit letzterer durch ersteren gedeckt ist, zu Gunsten des Vindicanten compensire, das ist das Werk der Billigkeit — aequitatis ratio.

---

33) l. 36. D. adm. et per. tut. (26, 7.) — aequitas, quae merum jus compensationis introducit.

Digitized by Google

Daß er das thue, iſt auch zweitens nothwendig, damit geſchehe, was ſein officium iſt. Sein officium iſt, in der Vindicationsklage ein arbitrium, einen Reſtitutionsbefehl zu erlaſſen vor der Sentenz. Der ſollte ſich diesmal auch gegen den Kläger[34]) und zwar auf den superfluus sumtus erſtrecken. Eben deshalb mußte die compensatio vorhergehen.

Aber wie wenn nun der Kläger trotz des arbitrium den Erſatz verweigerte? Dann wurde er drittens durch die exceptio doli gezwungen. Dieſe hatte bis auf dieſen Augenblick wirkungslos in der Formel geſtanden: als Bedingung, wornach condemnirt oder abſolvirt werden ſollte, je nachdem Kläger es darauf hatte ankommen laſſen, unbilligerweiſe ſeine Sache zu begehren, ohne die Melioration zu bezahlen, oder nicht. Mit dem arbitrium hatte die Exception nichts zu ſchaffen: als Bedingung einer condemnatio bezog ſie ſich nur auf die sententia, alſo auf den Fall, da das arbitrium nicht wirkte. Ihre Bedeutung war auch hier, daß dem Kläger ſeine ganze Sache zu verlieren bevorſtand, wenn er das Seinige nicht thäte. Eben hierin liegt der Zwang: restituere cogitur.[34a])

---

34) Intereſſant iſt Juſtinian's Erzählung in l. 14 C. sent. et interl. (7, 45.). Papinian habe in ſeinen Quäſtionen auseinandergeſetzt, daß auch der Kläger ſolle condemnirt werden können (— sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare). Hier ſagt Juſtinian wohl: condemnare; dennoch ſpricht er als eine erſt durch ihn herbeigeführte Erweiterung aus, daß ſelbſt eine Sentenz gegen denſelben gerichtet werden könne. (Hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam *augendam* esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem *ferre sententiam*, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare). Daß demnach Papinian nur von einem arbitrium gegen den Kläger geſprochen, und Juſtinian ſelbſt nicht mehr geſagt haben wollte, dürfte durch den Schluß der Conſtitution noch wahrſcheinlicher werden: Cujus enim in agendo observat *arbitrium*, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. Iſt das nicht der Spruch eines alten Juriſten?

34a) An die manus militaris darf mindeſtens dann nicht gedacht wer-

Digitized by Google

Das arbitrium hatte der Richter nicht wegen irgend einer exceptio zu erlaſſen, ſondern wegen der Klagart ex officio. Die Compenſation mußte er vornehmen, um das arbitrium auf den überſchüſſigen Aufwand an den Kläger richten zu können: daß nur auf den gegen die bezogene Frucht zu berechnenden Aufwand, lag in aequitatis ratione. Alſo all das und namentlich die Compenſation lag nicht in der exceptio doli: in dieſer lag hier wie ſonſt nichts, als daß, wenn es zur Sentenz käme, ſchlechthin abſolvirt werde und darin der Zwang. Alſo iſt auch hier nichts von einer Minderung der condemnatio per exceptionem doli zu erblicken.

Faſſen wir hiernach das Reſultat dieſes 2ten Abſchnittes zuſammen, ſo ſind es zwei einzige Stellen, an die ein Beweis der ſog. exceptio compensationis ſich allenfalls anknüpfen ließe: l. ult. Cod. h. t. und § 30 J. h. t. Aus ihnen allein aber kann ein ſicherer Schluß nicht gezogen werden; denn es iſt nicht gewiß, in welcher Bedeutung das Wort compensatio in ihnen gebraucht iſt.

Aber nicht nur an ſich iſt dieſe exceptio zweifelhaft: ihr Gegentheil iſt vielfach erwieſen. Gegen ſie zeugen vor allem jene Stellen, die in mehrfacher Wendung ein ipso jure mit der Compenſation auch in stricti juris judiciis verbinden. Wir haben ſie ſchon im 1ſten Abſchnitte behandelt, und hervorgehoben, daß, wie man immer dieſes ipso jure faſſe, jene exceptio dadurch ausgeſchloſſen ſei. Auch eine Vermittlung durch die Zeit, daß

---

den, wenn Ulpian's Worte in l. 68. D. r. v. (6, 1.) — ex quibus arbitratu judicis quid restituitur — auf Reſtitution von Sachen zu beziehen ſind, die dem Kläger dinglich oder perſönlich, aber individuell zuſtehen.

Digitized by Google

etwa früher eine exceptio, dann das ipso jure ſtattgefunden habe, iſt nicht anzunehmen; denn wir fanden eine Compenſation per exceptionem überhaupt unmöglich.

Dritter Abſchnitt.

Ueber Urſprung und Entwickelung der Compenſation.

Erſtes Kapitel.

Die gerichtliche Compenſation der claſſiſchen Zeit in strieti juris judiciis.

§ 25.

Abgeſehen von der Compenſation in b. f. judiciis hält man diejenige compensatio, welche Gajus 4, 64 der ſtrengrechtlichen actio qua argentarius experitur beilegt, für die älteſte; ſpäter habe ein Reſcript des Kaiſers Marc Aurel die Compenſation in str. j. judiciis ganz allgemein gemacht, aber durch eine exceptio doli. Daß man vermittelſt einer exceptio doli nie zu einer compensatio in judicio kam, iſt dargethan. Selbſt das iſt zu bezweifeln, daß jenes Reſcript von einer exceptio doli zu Gunſten compenſabler Gegenforderungen geſprochen habe: wir vermutheten, unter dem Worte compensatio eine retentio ſehen zu müſſen. Allerdings gab es eine *exceptio doli* und zwar zu Gunſten compenſabler Gegenforderungen; aber ſie kommt geraume Zeit vor jenem Reſcripte vor, wir wiſſen nicht, ſeit wann, vielleicht eben ſo lange als die Compenſatio des

Digitized by Google

Argentarius. Auch wird, wie ſich erwarten läßt, nicht durch ſie compenſirt.

§ 26.

Bereits Labeo weiß von einer compensatio, die gegen eine Klage gerichtet ſei:

l. 13 D. h. t. Ulp. Quod Labeo ait, non est sine ratione: ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non objiciatur.

Aus dieſen Worten iſt nur ſo viel mit Gewißheit zu entnehmen, daß Labeo von keiner compensatio in b. f. judiciis redet. Denn die konnte nicht gegen verſchiedene petitiones, ſondern nur gegen die Klage aus der conneren Forderung gehen.

Wie man ſich das compensationem objicere zu Labeo's Zeit dachte, mag Julian lehren. Es iſt kein Grund anzunehmen, daß in der Zwiſchenzeit ſich etwas geändert habe.

l. 2. D. h. t. Julian. Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem *petentem summovet*, si paratus est compensare.

In Folge einer vom Beklagten vorgeſchützten Compenſation ſoll hier der Kläger abgewieſen werden. Es iſt unmöglich, aus dieſen Worten eine andere als eine totale Abweiſung heraus zu leſen. Dieſe totale Abweiſung aber wird als Wirkung einer exceptio hingeſtellt; auf eine exceptio ſind wir durch den Ausdruck summovet verwieſen. Ja es liegt ſehr nahe, daß die Worte exceptione doli mali urſprünglich zwiſchen petentem und summovet wirklich geſtanden haben, von den Compilatoren aber geſtrichen wurden. Von dem Verfaſſer der Stelle ſelbſt finden ſich folgende Ausdrucksweiſen:

l. 28 D. act. emti (19, 1) Julian. — Respondit.. *agentem* ex stipulatu *doli mali exceptio summovebit* —

Digitized by Google

l. 7. § 1. D. doli mali (44, 4) Ulp. Idem Julianus ait: . . creditorem *petentem doli mali exceptione summoveri debere.*

l. 4 § 32 D. eod. Ulp. Julianus ait: . . Si ipse *peteret, exceptione* in factum comparata *vel doli mali summoveretur.*

Mindeſtens muß man zugeben, daß „exceptione“ hinein zu denken iſt. Aber iſt die exceptio doli gleich nicht identiſch mit exceptio überhaupt, ſo iſt ſie doch generalis [1]) und es wird wenig Fälle geben, in denen ſie nicht fungiren kann. Wiſſen wir nicht, was die exceptio der l. 2 cit. für eine beſondere exceptio ſein ſoll, ſo dürfen wir wohl die exceptio generalis ſtatuiren. Daß Julian an eine exceptio gedacht hat, daran iſt nicht zu zweifeln; daß er ſie ausdrücklich genannt hat, iſt um ſo wahrſcheinlicher, je deutlicher iſt, warum man ſie geſtrichen hat. Wie wir demnächſt ſehen werden, wurde das Inſtitut dieſer exceptio noch vor Paulus antiquirt. Jedenfalls hatten die Compilatoren in l. ult. Cod. h. t., einer Conſtitution, die noch vor Abfaſſung der Inſtitutionen (§ 30. J. tit.), alſo vor Publikation der Digeſten erlaſſen war, Anlaß, aus dem Fragment Julians die exceptio zu entfernen.

Iſt demnach gewiß, daß Julian unter den von ihm bezeichneten Umſtänden eine exceptio gab, ſo iſt weiterhin klar, daß durch dieſe *exceptio* nicht compenſirt wurde. Denn die Wirkung dieſer exceptio iſt, wie er ausdrücklich ſagt, die: daß Kläger abgewieſen wird. Unter die Vorausſetzungen dieſer exceptio und ihrer Wirkung aber zählt Julian nicht nur, daß Beklagter gleichfalls eine Forderung und zwar eine compenſable Forderung habe; Beklagter muß auch bereit ſein zur Com-

1) l. 4. § 33. D. doli mali (44, 4) Ulp.

Digitized by Google

penſation. Dieſe Vorausſetzung: si paratus est compensare, fordert uns auf, den Grund der exceptio etwas näher zu betrachten.

§ 27.

Man hat von jeher, und wohl mit Recht, Billigkeit als den Grund angegeben, warum es nicht dem freien Willen der einen oder andern Partei überlaſſen werde, ob compenſirt werden ſolle oder nicht. Nur iſt der Grund damit allein noch nicht ganz bezeichnet. Es genügt nicht zu wiſſen, daß Compenſation billig ſei; wir müſſen wiſſen, was in der Compenſation das Billige ſei. Nur dieſes Kriterium der Billigkeit iſt Geſetz; daß Billigkeits halber compenſirt werden ſolle, ein bloßer Fall.

Gewiß iſt auch die Compenſation in b. f. judiciis Folge einer aequitas; ſie wird aber auf Connexität der Anſprüche, dieſe auf der fides beruhen, welche nur in Anbetracht der wechſelſeitigen Verbindlichkeit zu Stande gekommen iſt[2]). Dieſe Wechſelſeitigkeit beſteht nicht zwiſchen Forderungen ex dispari causa, nicht zwiſchen denen stricti juris; dieſe ſind — und wären ſie gleich aus Einem hiſtoriſchen Fundamente (negotium, factum) entſprungen — durch einſeitige Selbſtſtändigkeit ausgezeichnet. Julian in l. 2. cit. ſpricht nicht von einer compensatio in b. f. judiciis; ſonſt müßte er von der exceptio, von dem summovere ſchweigen. Er ſpricht alſo von Forderungen ex dispari causa. Was iſt nun das Billige darin, daß zwei von einander unabhängige ſtrengrechtlich ſelbſtſtändige Forderungen nicht jede für ſich ſelbſt eingetrieben, ſondern daß ſie durch einander befriedigt werden ſollen?

2) Ich brauche hier das Wort fides im concreten Sinne, wie man unter fides contractus, conventionis, den auf fides beruhenden Vertrag verſtehen, ja den Vertrag ſelbſt eine fides nennen könnte.

Digitized by Google

Liegt das Billige vielleicht darin, daß Keiner vor dem Andern zahle? — Das muß aus zwei Gründen verneint werden. Erſtens müßte, was hier billig iſt, überall billig ſein. Wo immer Forderungen ex dispari causa einander gegenüberſtänden, müßte es unbillig geſchienen haben, daß Einer fordere, klage, ohne dem Andern das Seine zu leiſten. Hätten wir ein conſequentes Geſetz in dieſem Sinne, ſo hätten wir darin ein allgemeines Retentionsrecht der Schuld gegen Schuld. Denn es würde dann die Billigkeit nicht in einer causa der Forderungen, nicht in einer Gleichartigkeit ihres Gegenſtandes, ſondern lediglich darin liegen, daß Keiner vor dem Andern zu leiſten brauche. Nun wollen wir zwar jenes allgemeine Retentionsrecht nicht für alle Zeit verworfen haben; aber daß Julian ein ſolches kannte, vermag wohl Niemand darzuthun. Alſo dürfen wir nicht annehmen, daß dieſes Geſetz der Billigkeit damals gegolten habe.

Zweitens ſpricht Julian ſelbſt dagegen. Er gibt dem Beklagten die exceptio nur dann: si paratus est compensare. Krug[3]) findet in dieſen Worten eine Verzichtleiſtung auf die Gegenforderung, welche ehedem dem Beklagten bei der gerichtlichen Compenſation obgelegen habe. Es iſt aber mit ihnen nicht mehr und nicht minder geſagt, als daß der Beklagte zur Compenſation bereit ſein, daß er ſich zu ihr erbieten müſſe. Wenn der Beklagte ſich zur Compenſation erboten und der Kläger — das werden wir nothwendig beifügen — die angebotene Compenſation nicht angenommen hat, bekommt der Beklagte die exceptio doli. Aber wie, wenn etwa der Beklagte, im Beſitz von reicher Baarſchaft, die ſchuldige Summe vor den Prätor brachte, ſich zu deren ſofortiger Zahlung erbot, ſoferne nur auch der Kläger bezüglich

3) a. a. O. § 22 in fin.

Digitized by Google

seiner Schuld dasselbe thäte, und nun, da dieser solches zu thun weder Willens noch im Stande ist, wider dessen Klage exceptionem doli begehrt: wird sie der Prätor geben? Wenn die Billigkeit unserer exceptio darin lag, daß Keiner vor dem Andern zu zahlen brauchte, dann mußte sie der Prätor geben. Allein aus Julians Worten dürfen wir schließen, daß er sie nicht gab. Nach ihnen darf der Beklagte vom Kläger nur Compensation, nicht die eigentliche Zahlung verlangen. Nur in der Compensation lag eine Billigkeit, die den Schutz der exceptio doli verlangte: in Gleichzeitigkeit der Zahlung aber kann sie demnach nicht gelegen haben.

Sohin ist etwas Anderes in der Compensation das Billige. — Ich glaube, Pomponius spricht dies aus in l. 3 D. h. t.

> Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius *non solvere*, quam solutum repetere.

Mit letzteren Worten kann Pomponius nicht an eine indebiti condictio denken; denn er spricht aus der Seele Dessen, der erwägt, was besser sei: nicht zahlen, oder zurückverlangen. Ein solcher dürfte, wenn er sich zum Zahlen entschließt, die condictio indebiti nicht einmal anstellen, weil er geflissentlich zahlt. Solutum repetere heißt nichts Anderes, als: tantumdem repetere, quantum solutum est. Pomponius leitet den Zwang zur Compensation aus einem Interesse, somit aus einer Nützlichkeit her. Sie soll darin bestehen, daß die Compensation uns eines außerdem vorhandenen Zwanges, hinzugeben und dann gleich viel zurück zu verlangen, überhebt. Daß dieses Zurückverlangen oft beschwerlich, kostspielig, ja mitunter vergeblich wird, das mag Pomponius nebenbei im Sinne haben; das Entscheidende kann es nicht sein. Das Interesse der Compensation bestünde sonst in einer Art von Sicherheit für die eigene Forderung, in einer Art von Pfandrecht. Warum aber sollte diese Sicherheit

Digitized by Google

nur der compenſablen Forderung, warum nicht jeder anderen Gegenforderung zukommen? Das non solvere ſcheint das Entſcheidende zu ſein. Sind compenſable Forderungen (paris speciei) da, ſo ſoll zu den gleichen Beträgen derſelben nicht das eigentliche solvere, ſondern nur das tamquam solvere der Compenſation ſtattfinden. Denn müßte Jeder naturaliter leiſten, ſo müßte Jeder ſo viel Baarſchaft bereit halten. Es iſt im Intereſſe eines jeden der beiden Schuldner, weniger Baarſchaft zu brauchen, und billig, daß Jeder dies dem Anderen gewähre; gegen Den, der es zu verkürzen ſuchte, ging die exceptio doli.

§ 28.

Iſt alſo das die Billigkeit der Compenſation, daß Jeder die Pflicht des Anderen in der beſagten Art erleichtere, ſo muß ich nochmals hervorheben, daß dieſe Billigkeit in einer exceptio doli allerdings ihre Stütze und wirkſamen Nachdruck fand; Jeder mußte bedenken, daß er entweder auf Verlangen des Schuldners compenſiren, oder deſſen exceptio doli, und im Falle ihrer Erweiſung Verluſt von Klage und Forderung zu gewärtigen habe. Aber eben deswegen wurde nicht per, ſondern propter exceptionem doli compenſirt. Das war dann keine prozeſſualiſche, ſondern eine außergerichtliche Compenſation, gleichviel ob erſt in der Gerichtsſtube, oder noch ehe an's Klagen gedacht war. Wenn man alſo lieſt: die Compenſation iſt eine exceptio doli, oder ſie geſchieht durch eine exceptio doli — und das iſt die Lesart der Vulgata, wo nicht ſämmtlicher Texte — ſo iſt bei Ungenauigkeit des Ausdruckes für die Richtigkeit der Anſicht nicht einzuſtehen.

Auch bei jener Auffaſſung, daß dieſe exceptio doli oder die ihr entſpringende Unwirkſamkeit der Forderung ſchon in dem Augenblicke vorhanden ſei, wo die Gegenforderung auftaucht,

Digitized by Google

können wir uns nicht beruhigen. Denn welcher der beiden Forderungen hängt sie an? Man müßte wiederum sagen: allen. Da jedoch nicht gegen alle compensirt werden kann, auch es in der Wahl des Schuldners liegt, mit welcher von den mehreren Forderungen er compensiren will, so müßte man von alternativ-potentiell bedingten exceptiones doli sprechen.

Dieser Distinctionen sind wir überhoben, wenn wir sagen: die exceptio doli wurde erst dann begründet, wenn einer der beiden Gläubiger compensabler Gegenforderung ungeachtet, und dem Verlangen des Beklagten entgegen, die Compensation von sich wies und klagte.

Eine condictio indebiti endlich wegen Zahlung statt Compensation kann zur Zeit dieser compensatio propter exceptionem doli und ihrethalben noch nicht vorgekommen sein. Sie konnte durch natürliche Zahlung der Gegenforderung beseitigt werden, war also nicht peremtorisch. In der That sind die paar Stellen, welche von dieser condictio indebiti sprechen, späterer Zeit[4]).

§ 29.

Ein zweites direktes Zeugniß für diese exceptio doli vermag ich nicht beizubringen. Daß sie schon vor dem Rescripte Marc Aurels da war, ist so gewiß, als Existenz und Inhalt von l. 2. D. h. t.; in die Zeit dieses Rescriptes fällt eher ihr Abkommen als ihre Entstehung. Denn neben dem aequum, das sie förderte, war doch Einiges uneben. Den Aerger des Klägers, wenn Beklagter, der die geringere Forderung hatte, außergerichtlichen Mahnungen niemals folgte, wohl aber in jure die Rolle tauschte und Compensation begehrte — mochte man ertra-

4) s. oben § 7. Anm. 26.

Digitized by Google

gen. Aber wie wenn Einer die Forderung des Andern nicht ableugnete, aber auch nicht anzuerkennen vermochte; oder wenn man nur über die Größe uneinig war? Hier hieß klagen wagen, compenſiren wegſchenken. Zuwarten und ſich Gewißheit verſchaffen blieb übrig. Aber wie, wenn Gajus 1000, Sejus nur 100 zu fordern hatte, ſollte Gajus mit 900 zuwarten, bis gewiß war, ob er mit den übrigen 100 compenſiren ſolle? All dieſe 900 gingen über die Billigkeit der Compenſation hinaus, und dennoch dürften ſie ihrethalben aufgehalten worden ſein. Nach dem, was Julian ſagt, durfte der Beklagte Compenſation, nicht blos Beſchränkung der Klage auf den Ueberſchuß verlangen; Sejus brauchte ſich nicht damit zu begnügen, daß Gajus 100 zu einer etwaigen künftigen Compenſation zurückſtelle. Alſo hatte man die Wahl, alle 1000 einzuklagen, oder 100 zu compenſiren; alle 1000 zu wagen, oder wenn man mit ihnen nicht warten konnte oder warten nichts half, 100 in der Ungewißheit, ob man ſie ſchuldig war oder nicht, zu compenſiren.

Das waren iniquitates, die der exceptio doli in dieſen, vielleicht noch in anderen Fällen anhingen; Abhilfe lag eben darin, wenn man in Fällen beſagter Art den Ueberſchuß ohne vorgängige außergerichtliche Compenſation und ohne Geſtattung einer *exceptio doli* einklagen ließ. Ich weiß nicht, ob eine derartige Einſchränkung der exceptio doli in der That ſtattfand, und etwa den vermittelnden Uebergang zu etwas Neuem, aber ſehr Naheliegendem abgab; aber das ſcheint mir ſo gut wie gewiß, daß die exceptio doli nun bald ganz abgeſchafft, und, was vielleicht in jenen einzelnen Fällen ſchon gegolten hatte, zur allgemeinen Regel wurde:

Daß ohne vorgängige außergerichtliche Compenſation und ohne Geſtattung einer *ex-*

Digitized by Google

ceptio doli der Ueberſchuß wirkſam eingeklagt werde.

Hierin lag ein heilſamer Fortſchritt. Vor Allem wurde das Gute der alten Einrichtung gewahrt; die Billigkeit, die in der Compenſation lag. Hier wiederum zeigt ſich die Nothwendigkeit, genau feſtzuſtellen, worin jene Billigkeit beſtand. Wäre ſie darin enthalten geweſen, daß Keiner vor Zufriedenſtellung des Anderen klage, ſo hätte man zu unſerer Neuerung nicht gelangen können. Denn das Recht der Retention fragt nicht nach der Größe der Gegenforderung, ſondern blos danach, ob ſie zur Zeit der Klage noch ungetilgt ſei. Alſo hätte das Mehr der Vorforderung der Retention, der exceptio doli nicht vorbeugen können. Lag dagegen das Billige der Compenſation darin, daß die Parteien von der Pflicht des natürlichen solvere in ſoweit entbunden wurden, als die Quantitäten hier und dort ſich deckten, ſo konnte man auf den Ueberſchuß allein unbedenklich eine wirkſame Klage geſtatten; denn wenn nur in den Ueberſchuß verurtheilt wurde, ſo galt, ſoweit die Quantitäten ſich deckten, immer das non solvere, ſei es, daß ſie wirklich compenſirt wurden, ſei es, daß ihrethalben gar nichts mehr geſchah. — Ihre allgemeine Einführung aber mochte ſich durch nichts ſo ſehr empfehlen, als durch eine Vereinfachung bisheriger Verhältniſſe. Wie ſehr ſie zu ſolcher beitrug, zeigt ſich am klarſten auf einem Gebiet, wo die Compenſation gar viel zu ſchaffen hatte: in dem Verhältniß des Argentarius zu ſeinen Kunden. Dieſes war ſehr verſchieden, je nachdem z. B. der Argentarius, wenn er zur Klage kam, ſchon vorher mit ſeinen Kunden compenſirt haben mußte, und andrerſeits der Letztere auf ſeine Gegenforderungen nur in ſoweit ſich berufen konnte, als er zu compenſiren bereit war — oder ob der Argentarius ſchlechthin den Ueberſchuß, aber auch nur ihn einklagen durfte.

Digitized by Google

Denn nur letzterenfalls konnten ſich beide mit ordentlicher Buchhaltung begnügen. Im erſteren Falle mußte Einer den Andern, um die Mannigfaltigkeit einzelner Forderungen nicht zu ſehr anwachſen zu laſſen und nicht Alles auf den Fall der Klage zu ſparen, zeitweiſe zur Compenſation anhalten. Dazu waren, wenn nicht perſönliche[4a]) Zuſammenkünfte[5]), ſo doch eigene zweiſeitige Geſchäfte nöthig.

Nun aber fragt ſich, wie man dieſe neue Regel zwiſchen den wohlbemeſſenen Formen des claſſiſchen Prozeſſes durchführen könne? Es brauchte die geſchickte Hand der römiſchen Juriſten. Denn ſollte nun in allen Fällen der Ueberſchuß, aber auch nur der Ueberſchuß eingeklagt werden dürfen, ſo war das auch für diejenigen Fälle Geſetz, in denen der Beklagte, was Kläger als Ueberſchuß bezeichnete, als ſolchen nicht anerkannte. Daher mußte ihm die Möglichkeit gegeben werden, ſich gegen dieſen Ueberſchuß zu vertheidigen. Daß ſo und ſo viel nicht Ueberſchuß ſei, konnte nur durch Vergleichung beiderſeitiger Forderungen ſich ergeben. Die Gegenforderung in judicio vorzubringen, mußte demnach dem Beklagten geſtattet, ſie zu berückſichtigen aber dem Richter geboten ſein. Dieſes Gebot mußte ein Beſtandtheil der Formel ſein. In den üblichen Formeln des stricti juris judicium iſt es nicht enthalten; hier lautet Alles

---

4a) Plautus Aulul. III, 5. *Itur, putatur ratio cum argentario.* Impransus miles astat, aes censet dari. Ubi disputata est ratio cum argentario, Etiam plus ipse ultro debet argentario. Spes prorogatur militi in alium diem.

5) die einige Jahrhunderte ſpäter wenigſtens vornehmen Herren unbequem waren: l. 14. C. contr. stip. (8, 38.) Justinian. — Cum satis utile est in contractibus et servos adhiberi et praesentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas vel mulieres (quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit), sancimus, tales scripturas omnifariam esse credendas.

Digitized by Google

ſchlechthin auf Eine Forderung. Es ſei denn, daß eine exceptio auf Gegenforderung baſirte, woſelbſt dann doch die Formel den dolus des Klägers, nicht die Gegenforderung des Beklagten traf; überdieß ſollte die exceptio doli unſeres Falles aufhören. Dieſer Wegfall der exceptio doli iſt eine Annahme, die wir nicht nur durch äußerliche Beweiſe ſtützen werden; kann der Ueberſchuß Gegenſtand der Klage ſein, ſo folgt die Unbrauchbarkeit einer exceptio aus innerer Nothwendigkeit; denn dann kann nur noch gegen die Größe der Forderung geſtritten werden und gegen dieſe Größe geht keine exceptio, ſelbſt nicht die exceptio quod facere potest, ſondern dieſe gegen die Größe der Condemnation. Die exceptio geht gegen die ſtrengrechtliche Exiſtenz der Forderung, gegen ihre Größe mußte man, eben weil es gegen ſie keine Ausnahme gab, den Beklagten ipso jure ſtreiten laſſen.

Ipso jure ſtritt man allgemein wider die pluspetitio re. Aber während ſonſt die Behauptung, es ſei zu viel gefordert, ſich lediglich an die eingeklagte Forderung anhing, und ſich ſchlicht und ſchlechthin dahin äußerte, die eingeklagte Forderung ſei nicht ſo groß: ſo beruhte die Bekämpfung des Ueberſchuſſes nicht nur auf der Forderung des Klägers, ſondern auch auf der des Beklagten. Dieſe konnte ſelbſt in bonae fidei judiciis, nur wenn ſie ex eadem causa entſprungen war, ipso jure herbeigezogen werden; um ſo weniger konnte eine dispar causa in str. j. judicio ipso jure zur Beachtung kommen. Gegen den Ueberſchuß, gegen dieſe species des Zuviel half alſo weder eine exceptio, noch genügte das ipso jure, das wider die allgemeine pluspetitio re half. Wie nun wurde geholfen?

Eben darin, daß ein Ueberſchuß eingeklagt werden ſollte, lag Aufgabe und Löſung zugleich. Nicht blos der Theil einer Forderung ſollte eingeklagt werden; was man einklagte,

Digitized by Google

ſollte ſich als der nach Abzug einer Gegenforderung verbliebene Reſt hinſtellen. Das mußte da geſchehen, wo der Gegenſtand der intentio überhaupt zu ſtehen kam, eben in der intentio; ſie mußte nicht nur den Theil einer Forderung, ſondern einen Reſt oder Ueberſchuß ausdrücken. Dann allerdings war der Richter angewieſen, den Beſtand dieſes Reſtes zu prüfen, mithin auch die Gegenforderung zu berückſichtigen.

Bei einem ſolchen Verfahren mochte man wohl von Compenſation ſprechen, aber dieſe Compenſation war 1) ein bloßes Rechnungsexempel. Heutzutage denkt man unter Compenſation ſogleich an eine Art wechſelſeitiger Zahlung. Eine Subtraction, durch die ſich herausſtellt, wie viel beiderſeits gezahlt wird, und etwa einerſeits ſchuldig bleibt, denkt man ſich als ein weſentliches Stück der Form der Compenſation. — Aber es iſt nicht nothwendig, daß man bei dem Worte compensatio von jeher an den juriſtiſchen Effekt einer Zahlung dachte[6]); man mochte das bloße Abziehen der einen Forderungsgröße von der andern ſo nennen; man mochte darunter an die bloße Form der heutigen Compenſation denken. — Damit, daß die fragliche Compenſationsweiſe eine bloße Subtraction ohne den juriſtiſchen Inhalt der Zahlung geweſen ſei, iſt zugleich behauptet, daß ſie kein Rechtsgeſchäft war. Sie iſt keines unter den Partheien; denn durch ſie ſollte die vertragsartige Compen-

6) l. 9. § 8. D. pec. 15. 1. Ulp. Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est, aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est jussu domini. Nam hoc deducendum, Julianus lib. 12 Dig. scribit. Sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit: *alioquin secum debebit compensare* d. h. der Herr ſoll ſeine Haftung ſtatt gegen das Peculium des Sclaven, gegen ſeinen eigenen Nutzen aufrechnen. Darin iſt eine Motivirung, warum er nicht vom Peculium abziehen ſoll, aber kein Rechtsgeſchäft enthalten. S. unten die Erörterung zu l. 18. pr. D. pign. act. § 43. Anm. 9.

Digitized by Google

ſation gerade umgangen werden. Sie iſt auch nicht ein einſeiges Rechtsgeſchäft des Klägers. Denn geſetzt, daß er wirklich abzog und den wahrhaften Reſt in die intentio ſtellte: ſollte dadurch ein Einfluß auf die congruenten Forderungsgrößen geübt worden ſein? Ich ſehe keinen Grund. Wenn Kläger daheim auf der Schreibtafel die Rechnung anſetzte, war das gewiß nicht der Fall; ſoll es dadurch daß es in der Gerichtsſtube geſchah, anders geworden ſein? Ich glaube das um ſo weniger als 2) das Weſentliche dieſer Compenſation nicht in einem Thun des Klägers, ſondern in der Formel lag. Selbſt als bloße Subtraction war ſie nicht weſentlich factum hominis. Kläger konnte nur gezwungen werden, was er einklagte, als Ueberſchuß einzuklagen; es mußte ihm freiſtehen, die Gegenforderung geringer, als Beklagter wollte, ja, wenn er ſie gar nicht anerkannte, als Null anzuſchlagen, mitunter alſo ſeine ganze Forderung als Reſt zu bezeichnen. Eben deshalb lag das Weſen dieſer Compenſation nicht darin, daß Kläger etwas abzog; alles kam darauf an, daß die Intentio einen Ueberſchuß, und inſofern einen Abzug, eine Compenſirung vorſtellte. 3) Von dieſer Compenſation endlich konnte man ſagen, ſie finde *ipso jure* ſtatt, nicht vermittelſt exceptio, nicht facto hominis.

§ 30.

Noch laſſen wir unbewieſen, ob die Römer wirklich noch in claſſiſcher Zeit die exceptio doli, als indirecten Zwang zur außergerichtlichen, eine Art von Zahlung enthaltenden compensatio aufgaben, und ob jene ſo eben geſchilderte zwar gerichtliche, aber blos arithmetiſche compensatio ganz allgemein an ihre Stelle trat. Dagegen iſt jetzt zu beweiſen, daß eine derartige compensatio ſchon zur Zeit der exceptio doli, wenn gleich

Digitized by Google

nur als ſingulâres Inſtitut beſtand, daß alſo, wenn man allgemein zu ihr übergehen wollte, die Form ſchon vorhanden war. Als ſingulâres Inſtitut wird ſie von Gajus 4, 64 — 68. geſchildert. Der Argentarius war zu ihr gezwungen (§ 64.):

> is cogitur cum compensatione agere —

Der Sinn dieſer Worte wird erläutert:

> id est, ut compensatio *verbis formulae* comprehendatur: itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere: ecce enim si sestertium milia debeat Titio, ita intendit: **SI PARET TITIUM SIBI X MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET.**

Demnach hatte der Richter nicht auf einen bloßen Theil, ſondern auf einen Reſt zu erkennen, und es war die beſondere Formulirung der intentio, die ihn dazu ermächtigte. In den Worten der Formel, ſagt Gajus, müſſe die compensatio begriffen werden; ſollte das eine compensatio ſein, zu der beide Parteien wirken? Das kann man nicht vermuthen; denn die Worte der Formel, ſo wie ſie Gajus gibt, begreifen nicht mehr, als:

> daß Kläger eine Summe fordere, um die er an Beklagten mehr, als dieſer an ihn zu fordern habe.

Auch ſagt Gajus: *argentarius* ab initio comp. facta m. i. — — Man darf nicht hineintragen, daß von Beiden compenſirt werde. Auch wäre das in allen denjenigen Fällen falſch, wo Kläger eine Gegenforderung gar nicht anerkennt. Hier iſt eine zweiſeitige Compenſation nicht denkbar; dagegen wohl eine einſeitige, eine Subtraction, in der der Subtrahend Null heißt. Nur in Anbetracht einer ſolchen einſeitigen Compenſation, in der dem Kläger den Subtrahenden nach Belieben anzuſetzen freiſtand, war möglich ganz allgemein zu beſtimmen:

> *cogitur* cum compensatione agere.

Digitized by Google

Hat aber dieſe compensatio vielleicht gerade als ſolche einſeitige Subtraction wie Zahlung gewirkt? Dem widerſpricht Gajus mit der Formel:

SI PARET TITIUM SIBI X MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS, QUAM IPSE TITIO DEBET.

Die Forderung des Titius iſt im Augenblicke der Litisconteſtation, alſo nach der compensatio noch exiſtent.

So weit wir ſie bis jetzt kennen, war alſo die compensatio des Argentarius nichts anderes, als das arithmetiſche Mittel, ohne das ein Ueberſchuß nicht eingeklagt werden konnte. — Indeß kennen wir ſie eben erſt bis zum Augenblicke der Litisconteſtation. Von großer Wichtigkeit mußte die Frage ſein, wie die Sache nach der Litisconteſtation und dem Prozeſſe ſich ſtellte; ob nicht etwa prozeſſualiſche Compenſation vermochte, was durch die Rechnung des Klägers nicht geſchah. Wir wollen das Wenige, was wir hierüber zu ſagen vermögen, im folgenden §. zuſammenfaſſen.

§ 31.

Bethmann-Hollweg[7]) nimmt an, daß dieſe actio cum compensatione das ganze Geſchäftsverhältniß zwiſchen dem Argentarius und ſeinem Gegner umfaßte. Dem müſſen wir folgen[8]). Es liegt dies, wie B.-Hollweg ſagt, allerdings in der Natur dieſer Klage des Argentarius. Man kann nicht daran denken, daß zuerſt der Argentarius, dann der Beklagte beliebig eine von den mehreren Forderungen herausgreife, und ſo zur Compenſation geſchritten werde. Statt einer einfacheren Behandlung ihres Verhältniſſes wäre das die beſte Verwicklung

7) a. a. O. S. 283.

8) Nur die Schranke gleichartiger Forderungen (Gaj. 4, 66.) iſt einzuſchieben.

Digitized by Google

desselben gewesen, und hätte nicht nur dem Zweck dieser Klage, sondern der nothwendigen Ordnung im Gewerbe des Argentarius widersprochen. Er mußte den Stand seiner Rechnung gegen jeden seiner Kunden liquid halten; das war nur möglich durch fortlaufende Vergleichung seines ganzen Haben gegen das ganze Soll seiner Kunden. Auf den Saldo allein sollte er klagen: den sollte er mit solcher Gewißheit herauszustellen vermögen, daß er sachfällig wurde, wenn er nur einen nummus zu viel einklagte [9]).

Allein daraus, daß diese actio cum compensatione derart das ganze Geschäftsverhältniß umfaßte, kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß auch das ganze Geschäftsverhältniß in judicium deducirt wurde. Ich getraue mir nicht mit Gewißheit zu sagen, wie weit Bethmann-Hollweg auch eine prozessualische Consumtion des ganzen Geschäftsverhältnisses, also aller compensablen Forderungen des Argentarius und seines Kunden annimmt. Nur das läßt er mit Bestimmtheit entnehmen, daß letzterer keine Forderung mehr, die er nicht schon in diesem Judicium beigebracht, nachher noch durch Klage verfolgen konnte; einer solchen Klage habe die exceptio rei judicatae entgegengestanden. Soll damit gesagt sein, daß auch alle Forderungen, die er in judicio wirklich vorbrachte, consumirt wurden? Das wäre, in solcher Allgemeinheit mindestens, praktisch ungereimt. Denn wie, wenn der Argentarius, der in der That weniger zu fordern hatte als sein Kunde, einen Saldo einklagte, während im Gegentheil dem Beklagten ein Ueberschuß zukam? Hier mußte der Beklagte, um die Unrichtigkeit des Saldo nachzuweisen, seine Forderungen vorbringen. Wurden sie dadurch consumirt, so konnte er seinen Ueberschuß nun nicht

9) Gaj. 4, 68.

Digitized by Google

mehr einklagen. Ich finde aber auch keinen Grund, anzunehmen, daß irgend etwas von den Forderungen des Beklagten, gleichviel ob er sie vorbrachte oder nicht, in judicium deducirt wurde. Ueberhaupt finde ich keinen Grund anzunehmen, daß bei dieser Klagweise mehr, als der eingeklagte Ueberschuß consumirt wurde.

Vor Allem ist zu fragen: was ist eingeklagt? Nach Gajus Formel kann der Argentarius 100 zu fordern haben; eingeklagt sind nur 10; die übrigen 90 sind in der Formel gar nicht genannt. Die 10 sind nicht ohne weiteres, sondern ausdrücklich als ein Theil, insbesondere als Ueberschuß eingeklagt. Dadurch daß sie als Ueberschuß bezeichnet sind, wird zwar der übrige Theil der klägerischen Forderung mit in die Formel hineingezogen; aber nur stillschweigend und nicht als das, was er will, sondern nur zur Begründung dessen was er will. Die condemnatio lautete schlechthin: X condemna. Der Umstand, daß die übrigen 90 mit zur Begründung des Ueberschusses von 10 dienten, berechtigt nicht zu der Annahme, daß auch sie, diese 90, consumirt wurden. Bei einer bloßen theilweisen Einklagung diente wohl auch die ganze Forderung zur Begründung des Theils; deswegen wurde aber nicht die ganze Forderung consumirt.

Hat der Argentarius außer dem Ueberschuß nicht einmal seine eigenen Forderungen in judicium deducirt, so hat er noch viel weniger die des Beklagten in judicium deducirt. Ob aber nicht etwa der Beklagte selbst, dadurch daß er seine Forderungen in judicio zur Vertheidigung gegen den Ueberschuß vorbrachte, Consumtion veranlaßte? So viel von seinen Forderungen, als unter dem eingeklagten Ueberschusse stand, als demnach vom Kläger selbst zugegeben und in Abzug gebracht war, kann nicht consumirt worden sein; wenn es anders wahr ist, daß selbst

Digitized by Google

der Kläger nur den Ueberſchuß in judicium deducirte. Man kann nur fragen, ob das Mehr, das Beklagter für ſeine Forderung behauptete, und womit er den Ueberſchuß beſtritt, conſumirt wurde. Aus den Formalien des Prozeſſes läßt ſich dieſe Conſumtion nicht folgern; am wenigſten aus einem freiſprechenden Urtheil. Das condemnirende aber lautete ſchlechthin auf 10 für den Kläger[9a]). Materielle Motive aber ſprechen für das Gegentheil. In dem Fall, wo Beklagter abſolvirt wurde, wäre man zu einer Abſurdität gekommen. Wenn ſich nämlich herausſtellte, daß auf Seite des Beklagten ſtatt auf der des Klägers der Ueberſchuß ſei, hätte der Beklagte ſeinen wahren Ueberſchuß deswegen verloren, weil Kläger einen falſchen eingeklagt. Man hätte alſo unterſcheiden müſſen und feſtſetzen: daß nur dann die Conſumtion eintrete, wenn ſich für den Beklagten kein Ueberſchuß herausſtelle. Wo wäre nun aber die Strafe[9b]) der pluspetitio geblieben, wenn ſich zeigte, daß Beklagter eben ſo viel zu fordern habe, als Kläger? Hatte der Argentarius einen Ueberſchuß von 100 eingeklagt, der Beklagte aber nachgewieſen, daß er um 100 mehr zu fordern habe, als Kläger behaupte, d. h. daß kein Ueberſchuß da ſei, ſo mußte Kläger laut Gajus IV § 68. ſeine 100 wegen pluspetitio verlieren. Das war aber keine Strafe, wenn auch der Beklagte, ſein Gläubiger,

---

9a) Selbſt in b. f. judiciis war es zu Ulpian's Zeit noch nicht feſte Regel, daß die vom judex verworfene Gegenforderung conſumirt ſei. Und doch ging hier das Verfahren auf Berückſichtigung der Gegenforderung weſentlich aus. Allein die Sentenz ſprach, ich glaube bis auf Juſtinian's l. 14. C. sent. et interl. (7, 45.) von der Gegenforderung nicht. Ulpian wich, aber nur in b. f. judicio und nur *quasi* re judicata, von dieſer formellen Strenge ab. S. unten § 33.

9b) Seinem Effecte nach war das causa cadere immerhin Strafe. Deshalb — nicht verkennend, was Keller (über Litisc. u. Urtheil § 56.) gelehrt hat — wird hier das Wort Strafe beibehalten.

Digitized by Google

die entſprechenden 100 an ihn verlor. — Wurde der Beklagte in den Ueberſchuß condemnirt, dann war hiemit allerdings ſtillſchweigend ausgeſprochen, daß er nicht mehr zu fordern habe, als — abgeſehen von der Condemnationsſumme — der Kläger. Hier, möchte man ſagen, ging es gegen die poſitive Funktion der res judicata, wenn der Condemnirte ſpäterhin mehr einklagte. Allein man darf nicht vergeſſen, daß er dann als Einer, der zu viel einklagte, wegen pluspetitio, nicht ob rem judicatam, durchfiel.[10]) Gegen dieſes Zuviel geht keine exceptio, ſondern die Strafe der pluspetitio.

Nun zu dem Beweis, daß dieſes cum compensatione agere, dieſe Einklagung einer Forderung in Form eines Ueberſchuſſes, das allgemeine Mittel dem Beklagten die Billigkeit der Compenſation zu verſchaffen n a c h Julian, aber noch v o r Paulus, geworden ſei.

§ 32.

Ein untrügliches Zeichen für dieſe Ausdehnung wäre, wenn derjenige, welcher einklagt, ohne der vorgeſchützten compenſablen Gegenforderung gebührende Rechnung zu tragen, der Strafe der pluspetitio verfiele. Dieſe könnte nicht Wirkung einer exceptio doli ſein; die Strafe der pluspetitio re hat mit Exceptionen nichts zu ſchaffen. Auch darf man ſich nicht vorſtellen, eine Zuvielforderung könnte dadurch herauskommen, daß Beklagter noch in judicio ſeine Gegenforderung opponirt. Exiſtenz der einen Forderung tilgt die der andern nicht; alſo hätte Kläger immer-

10) Wurde dieſe actio cum compensatione ſpäterhin gemeines Inſtitut, ſo mußte er auf Begehren des Gegners nun auch auf Ueberſchuß klagen. Erſt jetzt deducirte er ſein der vorhergegangenen Condemnation widerſprechendes Mehr in judicium.

Digitized by Google

hin das Seine eingeklagt. Der Umstand, daß die Forderung jetzt erst vermindert oder aufgehoben zu werden vermöchte, könnte keinen Grund abgeben, daß von vornherein zu viel verlangt war. Und wie, wenn Kläger von einer Gegenforderung nichts gewußt und Beklagter sie absichtlich bis zum judicium verschwiegen hätte? Gerade dieser Fall zeigt, daß sofern eine Zuvielforderung von einer Gegenforderung hergeleitet werden sollte, dieser schon in jure Erwähnung geschehen mußte. Auch in die Formel mußte sie, des Richters wegen, aufgenommen werden. Ferner genügte nicht jedwede Aufnahme. Nach materiellem Rechte konnte der Richter urtheilen, daß deswegen allein zu viel gefordert sei, weil die compensable Gegenforderung existire; daher mußte das formelle Recht den Grund dazu hergeben; in der Formel war die Aufgabe zu lösen. Mußte so, wie wir sagten, die Klage auf einen Ueberschuß gerichtet werden, so folgte von selbst, daß die Gegenforderung Grund einer Zuvielforderung werden konnte.[11]) Eine andere Begründung läßt sich nicht entdecken.

An zwei verschiedenen Orten nun wird uns von Paulus bezeugt, daß in Anbetracht einer compensablen Gegenforderung — nicht blos in der Klage des Argentarius, sondern ganz allgemein — die Strafe der pluspetitio eintreten konnte.

Rec. Sent. II. 5. § 3. Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur; veluti si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; *si totum petas plus petendo causa cadis.*

---

11) Gajus IV, 68. Praeterea compensationis ratio quidem in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat.

Digitized by Google

Bethmann-Hollweg hat gewiß Recht, daß eine exceptio doli wohl zu einem summovere actorem, aber nicht zu dem causa cadere des Pluspetenten führen konnte. Weil er nun aber der Ansicht ist, daß die compensable Gegenforderung in str. j. judiciis — abgesehen von der Klage des Argentarius — von jeher und bis auf Justinian ausschließlich per exceptionem doli geschützt wurde, mußte die so eben citirte Sentenz verworfen werden. Bethmann-Hollweg glaubt, Paulus habe nur von dem cum compensatione agere des Argentarius und der deductio des bonorum emtor gesprochen; darauf weise sehr bestimmt das compensare vel deducere debes; in dem uns vorliegenden Texte sei Beides zusammengezogen und — das dürfen wir beifügen — daraus eine allgemeine Norm für Compensation gebildet worden.[12]) Ist das richtig, so bleibt immerhin auffallend, daß es die Westgothen waren, welche das Institut der compensatio des Argentarius verallgemeinerten. Dann muß man auch künftighin unterlassen, das Erforderniß der par species als allgemeine Voraussetzung der Compensation auf diese Stelle zu stützen; meines Wissens aber ist sie die einzige, welche dieses Erforderniß grundsätzlich und als allgemeine Regel aufstellt.

Die Kürze, mit der Paulus diese wichtige Lehre abgefertigt[13]), dürfte — besonders in einer Sentenz — nicht verdächtig sein. Ueberhaupt aber, so dünkt mich, liegt ein wahrhafter Grund, diese Stelle zu verdächtigen, nirgends als in den Worten: „compensare vel deducere debes.“ Daß diese Worte Bedenken erregen, müssen wir bekennen. Nicht nur Gajus behandelt die compensatio und deductio nebeneinander; Paulus selbst sagt in l. 15 D. rat. rem hab. (46, 8):

12) a. a. O. Note 22. S. 285 am Ende.

13) B.-Hollweg a. a. O. Note 22.

Digitized by Google

— Si quis adversus petentem *compensatione deductioneve usus sit* —.

Indeß iſt in letzterer Stelle nur ſo viel gewiß, daß Paulus von compensatio und deductio ſpricht. Daß er aber hiebei, ſo lange Zeit nach Gajus, an die compensatio und deductio blos des Argentarius und *bonorum emtor*,[13a]) gerade ſo wie Gajus gedacht hat, das kann nicht behauptet werden. Wenn alſo Paulus in obiger Stelle der R. S. bei den Worten compensatio und deductio an zwei verſchiedene Inſtitute dachte, ſo hat er deswegen noch nicht blos an den Argentarius und bonorum emptor gedacht. Krugs Bemerkung, die zweite Perſon, in der geſprochen werde, deute darauf, daß nicht von einzelnen Claſſen von Perſonen, ſondern allgemein geſprochen werde, iſt gewiß treffend. Soll wiederum bei den Weſtgothen in die zweite Perſon geändert worden ſein? — Aber ſelbſt davon kann ich mich nicht überzeugen, daß Paulus bei den Worten „compensare vel deducere“ an zweierlei Inſtitute denken mußte. Zwiſchen compensatione deductioneve uti, und compensare vel deducere iſt immer noch ein Unterſchied. Dort iſt gewiß, daß deductio techniſch gebraucht wird; bezüglich des deducere ſteht daſſelbe nicht feſt. Wenn wir ſagen, deducere und deductione uti ſeien gleich, ſo könnten wir uns leicht gerade ſo irren, wie wenn wir in cernere die cretio erblicken wollten. Letzteres Wort wird nur von der Anordnung des Teſtators, erſteres nur von der Handlung des Erben gebraucht[13b]). Auf dem Gebiet z. B. des Pekuliums kommt das Wort deducere gewiß in ſeiner unmittelbaren, natürlichen Bedeutung, eben als

---

13a) Es lohnte ſich vielleicht der Mühe, einer allenfallſigen Ausdehnung auch dieſer deductio nachzugehen.

13b) vergl. Gajus II. § 167 mit § 170.

Digitized by Google

„abziehen" vor, und in dieſer Bedeutung kann es auch loc. cit. ſehr wohl ſtehen. Dann bekommt aber auch das Wort „compensare" ſeine nächſte, natürliche Bedeutung. Ebenſowenig als deducere die prozeſſualiſche deductio, bedeutet dann compensare jene prozeſſualiſche compensatio. Ich denke mir den Sinn der Stelle folgendermaßen:

Wer eine Forderung an denjenigen hat, dem eine compenſable Gegenforderung zuſteht, dem bleiben, ſagt Paulus, zwei Wege, ungefährdet zu ſeinem Rechte zu kommen. Einmal hat er, falls nämlich der Gegner darauf eingeht oder es gar verlangt, die Compenſation, d. h. die außergerichtliche Compenſation (compensare debes); oder aber er kann klagen. Nur muß er im letzten Falle ſich auf Einklagung des Ueberſchuſſes beſchränken (deducere debes); ſonſt läuft er die Gefahr der pluspetitio.[13°]) Paulus durfte, die Klage vorausgeſetzt, anſtatt cum compensatione agere, deducere ſagen; ich glaube aber, daß er dieſes Wort nicht auf die Klagform, ſondern darauf bezog, daß Kläger getreulich mit ſich Rechnung halten, daß er die Gegenforderung wahrhaft abziehen müſſe. Denn nicht ſchlechthin das cum comp. agere, ſondern nur die richtige Rechnung befreite ihn von der pluspetitio. Für den wirklichen Abzug war deducere jedenfalls ein paſſendes Wort.

Dieſe Stelle in den Rec. sententiae wird unterſtützt durch eine Stelle des Paulus in den Digeſten ſelbſt:

l. 4. D. h. t. — *Sicut enim cum totum peto a reo male peto*, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

13°) Dem natürlichen Sinne der Worte ſowohl, als ihrer Verbindung nach hängen deducere und plus petendo am nächſten zuſammen. An die deductio techniſchen Sinnes iſt aber bei dieſer Verbindung deswegen nicht zu denken, weil bei dieſer keine Strafe der pluspetitio ſtattfindet (Gaj. IV, 68).

Digitized by Google

Sollen die hervorgehobenen Worte wirklich „sehr wohl darauf bezogen werden können, daß der Kläger opposita doli mali exceptione sich auf das judicium einließ und dadurch den ganzen Prozeß verlor?“ [14]) Schon das ipso jure dieser Stelle schließt allen Gedanken an eine exceptio doli aus. Das totum petere und das male petere ebenso sehr. Denn Letzteres kann etwa bei einer pluspetitio tempore mit einer exceptio zusammentreffen;[15]) hier handelt es sich um eine pluspetitio re, gegen welche ipso jure gestritten wird. [16])

§ 33.

Ein weiterer Beweis für die behauptete Verallgemeinerung der actio cum comp. liegt darin, daß durch sie das ipso jure, zunächst das in l. 4 D. h. t. seine Begründung erhält. Ich halte mich zunächst an das, welches wir mit Paulus eigenen Worten also bezeichnen:

> — fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

In der Art, daß schon mit Coexistenz der Gegenforderungen von selbst compensirt sei, dürfen wir, wie bekannt, dieses ipso jure nicht fassen. So lange man nun den echten Gajus und die actio cum compensatione nicht kannte, blieb nichts Anderes übrig, als das ipso jure lediglich im Gegensatze zu ope exceptionis, also wie gewöhnlich dahin zu fassen, daß man sich der Vertheidigung durch Compensation ohne exceptio bedienen könne und erst in judicio darauf sich zu berufen brauche. So weit war Donellus gekommen: eine Ansicht, die dennoch Verdienst hatte,

---

14) B.-Hollweg a. a. O. Note 22.

15) vgl. oben Abschn. I. Kap. 1. § 2. Note 16. und Gajus IV. § 122.

16) s. oben § 30. und Gajus IV. § 53 fg.

Digitized by Google

wenn man es gleich nicht anerkannte. Denn bei der Anwendung des Rechts im Gebiete der Compenſation wirkt nichts ſo verwirrend ein, als daß die Compenſation von ſelbſt, gleichviel ob wirklich von ſelbſt, oder nicht von ſelbſt und dennoch von ſelbſt, eintrete. Dieſer Satz wurde von Donellus beſeitigt, indem er dem ipso jure über dieſes „von ſelbſt“ hinweghalf und die Compenſation einfach auf das factum hominis ſtützte.

Das ipso jure war nun wohl von jener verkehrten Auffaſſung befreit, aber dennoch nicht genügend erklärt. Denn wie war es dem Beklagten möglich, in stricti juris judicio, deſſen ſtrenge Einſeitigkeit Donellus freilich nicht kennen konnte, eine Forderung noch ipso jure in judicio zu opponiren? Ohne Gajus konnte Niemand an die Formel der actio cum compensatione denken, die nun freilich das ipso jure, zunächſt das oben hervorgehobene, in l. 4 cit. völlig erklärt. Auf das Verlangen des Beklagten muß der Kläger ſeine Klage mindeſtens der Form nach auf einen Ueberſchuß richten; ohne mit ſeinem Gegner zu compenſiren (sine facto hominis — ipso jure), haftet der Beklagte nicht für mehr als für den Ueberſchuß (non tenetur in majorem quantitatem, quam reus condemnari, ex compensatione retinere potest). Dann kommt dem Beklagten ſeine Befreiung ohne exceptio und auch in ſoferne ipso jure zu; nur iſt feſtzuhalten, daß er ſeine Gegenforderung nicht an-, ſondern nur vorbringt, und nicht erſt in judicio, ſondern gleich in jure, behufs der nöthigen Formulirung der actio cum compensatione. Soweit iſt er allerdings an den Prätor verwieſen; aber ſein Schutz ruht in der Formulirung der intentio, dem Kernpunkte des jus civile, darin, daß das dare oportere nur auf jenes amplius geht, und der Umſtand, daß es der Prätor iſt, der dieſe Formel accommodirt, macht das Recht des Beklagten ebenſowenig zum prätoriſchen, als das Recht der sponsio prätoriſch

Digitized by Google

wird, weil der Prätor dem Kläger die Formel: si paret X dare oportere, ertheilt.

Man darf vermuthen, daß, ehe das placuit, deſſen l. 21 D. h. t. gedenkt, zu Stande kam, einzelne Juriſten die Ausdehnung der actio cum compensatione inter omnes begehrten. Unter dieſe einzelnen Juriſten möchten Neratius und Pomponius zu zählen ſein. Sie hätten dann behauptet, daß der Schuldner „in omni contractu", namentlich auch ſtrengrechtlichen Forderungen gegenüber, für nichts als den Ueberſchuß über ſeine compenſable Gegenforderung haftet, und wie der Schuldner, ſo der Bürge. Ihre Worte in derſelben Stelle:

— ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest —

hätten dann den Sinn, daß, was in Folge einer Compenſation, ſei es der in b. f. judiciis, ſei es der arithmetiſchen in str. j. judiciis, der Hauptſchuldner nicht zu zahlen braucht (retinere potest), auch der Bürge nicht zu zahlen brauche; daß er im Klagfalle gegen Alles unter dem wahren Ueberſchuß ohne exceptio und ohne ein beſonderes Geſchäft der Compenſation frei werde. Möglicherweiſe ſprachen Neratius und Pomponius aber auch nur von der compensatio des Argentarius. Das konnte Paulus verſchweigen, da er nur den Grundſatz brauchte, der denn doch allgemein geworden war. Daß jene beiden älteren Juriſten nur von b. f. judiciis ſprachen, wie man auch annahm, iſt unwahrſcheinlich, weil Paulus Note ſich mit einer ſtrengrechtlichen Klage beſchäftigt.

§ 34.

Inzwiſchen begegnen wir einem Fragmente, das wider die behauptete Ausdehnung der actio cum compensatione zu ſprechen ſcheint.

Digitized by Google

l. 7. § 1. D. h. t. Ulpian. Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

Hier hängt die Compenſation vom Richter ab; das iſt bei der durch die Klagformel gegebenen undenkbar. Auch tritt die exceptio rei judicatae hier gerade in derjenigen poſitiven Funktion auf, die wir oben nicht annehmen zu dürfen glaubten.

Indeß iſt dieſes Fragment aus dem 28. Buche von Ulpian's Edictscommentar und vornehmlich durch dieſes Buch die Edictsmaſſe im Titel commodati vel contra (13, 6) vertreten. Wie bei anderen b. f. negotiis wird Ulpian wohl auch bei Gelegenheit des Commodats von der hier ſtatthaften compensatio ex eadem causa geſprochen haben. Gajus that es namentlich auch mit Bezugnahme auf den Fall, wo der „judex pensationis rationem non habeat.[17]“ Die actio mandati veranlaßte Ulpian zu einem Satze, der dem in l. 7. § 1. D. h. t. nicht nur dem Inhalte nach, ſondern auch in einzelnen Ausdrücken gleichkommt.[18])

In b. f. judiciis allerdings hängt die Compenſation vom Richter ab. Auch ſind ſie, ſowie das b. f. negotium, gegenſeitig. Das mußte zu der Anſicht führen, daß ſich die Rechtskraft der Sentenz über die opponirte Forderung nicht minder als über die eingeklagte erſtrecke. Indeß iſt bemerkenswerth, daß dieſe Anſicht zu Ulpian's Zeit noch nicht allgemein war:[19])

17) l. 18. D. commod. (13, 6). Abgedruckt oben § 9. Note 52.

18) l. 8. § 2. D. neg. gestis (3, 5). Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice: potest contrario judicio agi. Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse; quia exceptio rei judicatae opponenda est.

19) ſ. vorige Note.

Digitized by Google

— *verius est, quasi* re judicata, amplius agi contrario judicio non posse —

Auch ſcheint es, daß Ulpian nicht kurzweg re judicata ſagen wollte: denn der Wortlaut der Sentenz enthielt nichts gegen die Gegenforderung. Nach der von Ulpian recipirten Anſicht iſt die Sentenz über den Tenor hinaus auf Motive ausgedehnt; deſſen bewußt ſagt Ulpian *quasi* re judicata. Die Vermuthung, l. 7 § 1 cit. ſpreche von der compensatio in b. f. judiciis, wird nach all dem nicht grundlos, ein Argument gegen die Verallgemeinerung der actio cum compensatione aus ihr nicht zu ſchöpfen ſein. Dagegen wird unſere Anſicht über den Umfang prozeſſualiſcher Conſumtion bei der ſtrengrechtlichen Klage auf den Ueberſchuß, wie wir ſie in § 30 darlegten, durch Ulpians Bedenklichkeit bezüglich der Conſumtion in b. f. judiciis an Wahrſcheinlichkeit gewonnen haben.

§ 35.

Daß die Billigkeit der Compenſation, ſo wie wir ſagten, zuerſt durch eine exceptio doli, dann allgemein durch eine Klage auf den Ueberſchuß durchgeſetzt worden ſei, dafür iſt in dem Bisherigen eine reiche Sammlung von Beweiſen nicht enthalten. Sind es nicht ſichere Zeichen, denen wir nachgegangen ſind: viele ſind ihrer nicht. Wir ſetzen nun noch eine Stelle bei, die in kurzen, aber ſcharfen Zügen gerade dieſe Geſchichte der Compenſation gibt:

l. 21 D. h. t. Paulus: Posteaquam placuit, inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Digitized by Google

Der Fall iſt der, daß ein Procurator Namens ſeines Prinzipals um eine Schuld belangt wird, der er eine compenſable Gegenforderung des Prinzipals entgegenhält; die Frage aber die, ob er wegen ſolcher Vertheidigung de rato caviren müſſe. Es gab eine Zeit, in der er dieſe Caution leiſten mußte; denn erſt posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, braucht er ſie nicht zu leiſten. Was iſt nun aber das für ein inter omnes eingeführtes ipso jure compensari, daß es derart wirke?

Es muß ein ſolches ſein, daß erſtens der Satz: ab initio minus a procuratore petitur, — zweitens der: procurator nihil compensat — daraus folgt. Denn das ſind die beiden Punkte, auf die Paulus ſeine Entſcheidung zunächſt ſtützt; ſie ſelbſt aber gründet er dann auf jenes neu eingeführte ipso jure compensari.

Jeder dieſer beiden Punkte iſt für die Geſchichte der Compenſation entſcheidend; der erſte für die nach, der zweite für die vor dem placuit. 1) Paulus ſagt ganz allgemein: quia ab initio minus ab eo petitur. Man muß alſo annehmen, daß nach dem placuit inter omnes i. j. compensari in allen Fällen, in denen der Procurator mit einer compenſablen Gegenforderung auftritt, die Klage auf ein minus gerichtet wird. Das hat die ältere von Cujaz und Noodt[20]) vertretene Interpretation außer

20) Cujacius (ad J. Pauli J. C. libros quaestionum XXV. Recitationes solemnes —) zu dieſer Stelle ſagt: — Ex ea sententia (daß auch in stricti juris judiciis compenſirt werde) Paulus colligit hoc loco, procuratorem actione creditae pecuniae conventum nomine absentis, si velit compensare, quod vicissim actor domino suo debet, non debere cavere de rato, quia ipse nihil compensat, sed merum jus et mero jure ab initio minus ab eo petitur, et ipso jure indebitum est. Auf die falſche Prämiſſe, daß ab initio von ſelbſt compenſirt ſei, wird hier allerdings conſequent der Satz gebaut, daß der Procurator nichts zu compenſiren brauche; denn wird

Digitized by Google

Acht gelaſſen. Was läßt ſich nun für eine Compenſationsweiſe denken, bei der die Klage immer auf ein minus gerichtet iſt? Ob die Compenſation von ſelbſt eintritt oder nicht, ob das Recht zur Compenſation ein jus civile oder ein exceptionelles iſt: damit mag zuſammenhängen, daß mitunter, ja oft weniger eingeklagt wird; zu bewirken aber, daß das immer geſchehe, vermag weder das Recht, noch der Prozeß. Und doch ſagt Paulus: quia minus ab eo petitur, nicht etwa peti solet u. dgl.

Sintenis[21]) meint: „das laſſe ſich ſo verſtehen, daß der Kläger ſelbſt den Abzug auf ſeine Forderung bei ſeinem Klagvorbringen ſich gefallen zu laſſen erklärt hat.“ Wenn das nur Paulus geſagt hätte! Noch ſtärker lieſt Vivianus in ſeinem Caſus zu dieſer Stelle[22]) zwiſchen den Zeilen; er meint, man müſſe an den Fall denken, wo bereits vor der Klagſtellung zwiſchen den beiden Parteien und zwar mit dem dominus compenſirt worden ſei. Unbegreiflicherweiſe macht er dazu noch den Procurator zum Vertreter des Klägers, kommt dann aber, man weiß nicht wohin. Auch die Gloſſe neigt ſich zu einer Suppoſition (quia jam erat facta compensatio, ut subjicit). Ich glaube, daß die Compilatoren ſelbſt ſo etwas hineindachten. Für das ſpätere Recht war ein abſolutes minus petere ebenſowenig denk-

---

ohne Rückſicht auf die ſchon geſchehene Compenſation geklagt, ſo braucht der Procurator unter jener Vorausſetzung nur noch die pluspetitio nachzuweiſen. Aber das, daß immer minus eingeklagt wird, iſt nicht erklärt. Wie Cujacius ſo Noodt ebendaſ. S. 287.

21) a. a. O. S. 35.

22) Debebas mihi X et ego tibi X, compensamus. Postea vocavi te ad jus et constitui procuratorem, et petii a te, quod compensavi prius. Procurator volebat compensare. Quaeritur, an possit? Resp. quod non. Quia jam facta erat compensatio. Unde non est necesse, ut caveat *me* ratam habere compensationem: quia non compensat, sed eo minus *potest petere* quod inter nos compensatum est.

Digitized by Google

bar, wie für das heutige. Aber Paulus konnte von einem ſolchen ſprechen; wie, das konnte man vor Entdeckung des echten Gajus nicht ahnen. Jetzt aber erklären ſich die Worte des Paulus:

quia — ab initio minus ab eo petitur —

durch die des Gajus bezüglich der actio cum compensatione des Argentarius:

ab initio — minus intendit sibi dare oportere.

Wie Gajus Worte zu faſſen ſind, wiſſen wir ſchon. Nicht ſo, als intendire der Kläger immer den wahrhaften Reſt. Dem Weſen nach kann er[23]) ſeine ganze Forderung intendiren; nur ſo läßt ſich jene pluspetitio denken, deren Gajus IV, 68. gedenkt; der Form nach intendirt er immer ein minus. Die Regel: ipso jure compensari durch das placuit allgemein, inter omnes, eingeführt, kann demnach nur diejenige Compenſationsweiſe bedeuten, die ehedem in der actio, qua argentarius experitur ſtattfand. Mindeſtens wiſſen wir den unumwundenen Ausdruck minus petitur nur ſo zu erklären. Auch iſt nicht bekannt, daß im Recht der Compenſation ehedem eine andere Singularität ſtattgefunden habe, als die bei der Klage des Argentarius; ſo ſind wir abermals auf eine Ausdehnung gerade dieſer Singularität inter omnes zu ſchließen gedrängt. — Hiernach ergibt ſich von ſelbſt, was unter dem id quod inv. debetur i. j. compensari zu verſtehen ſei. Eben ſo wenig als compensatione facta bei Gajus deutet dieſes compensari auf ein zweiſeitiges Compenſiren. Heißt es doch in der Stelle ſelbſt, daß Einer von Beiden, der Procurator, nichts zu compenſiren habe. Aber überhaupt liegt das Weſen dieſer Compenſation nicht in einem Rechtsgeſchäft der Parteien, ſondern in der Form der intentio;

---

23) — Si facta compensatione plus nummo uno intendat. Gaj. IV. § 68.

Digitized by Google

ſie ſetzt ferner keine exceptio voraus; in beiden Beziehungen geſchieht ſie ipso jure.

Soweit ſteht dieſer Auslegung Bethmann-Hollwegs Autorität zur Seite; er bezieht die Stelle auf die Compenſation der Argentarier. Nur von ſeinen beiden Gründen kann man einem[24]) nicht ganz beitreten. Es wird wohl in der Willkür des Beklagten geſtanden haben, Gegenforderung vorzuſchützen, und ſo den Gebrauch der Compenſationsformel zu veranlaſſen. Uebrigens nimmt Bethmann-Hollweg an, daß Paulus hier nicht minder als in Rec. Sent. II. 5. § 3. nur von der Particularität der Klage des Argentarius, nicht von deren Ausdehnung inter omnes geſprochen habe, und daß daher die Anfangsworte der Stelle interpolirt ſeien. Bethmann-Hollweg's hiſtoriſche Anſicht von der Compenſation machte es nothwendig, gegen die Echtheit der Stelle aufzutreten. Vielleicht iſt es eine gute Seite der unſrigen, daß ſie dieſes nicht thun muß.

Die Stelle charakteriſirt aber auch 2) die Zeit vor dem placuit. Paulus ſagt, ſeitdem die vorher geſchilderte Compenſationsweiſe gemeines Recht ſei, compenſire der Prokurator nicht[25]) Wir werden ſchließen müſſen, daß er vorher compenſirt habe. Nach unſerer aus Julian l. 2. D. h. t. geſchöpften Anſicht hätte der Prokurator etwa 100 Jahre vor Paulus im gegebenen Falle allerdings compenſiren müſſen; jene exceptio doli wurde dem Beklagten nur dann gegeben, wenn er compenſiren wollte; das galt wie vom dominus, ſo vom Prokurator. Nur brauchte dem Prokurator gegen-

24) Daß nach Inhalt der Stelle die Compenſation nicht von der Willkür des Beklagten abhänge.

25) Krug a. a. O. § 22. S. 63. in Anm. 137. findet in dieſem nihil compensat zum zweiten Mal die oben § 27. Anm. 3. erwähnte Verzichtleiſtung.

Digitized by Google

über der Kläger auf Compenſation nicht einzugehen, ſo lange dieſer nicht de rato cavirte. Denn die compensatio, um die es ſich hier handelte, war eine außergerichtliche, eine Art Zahlung, die Caution war nothwendig, ut recte solveretur.

Schließlich mag noch gefragt werden, ob der Prokurator bei dieſer ältern Art des Compenſationsſchutzes nur dann de rato caviren mußte, wenn es zur Compenſation kam, oder auch dann, wenn zur exceptio doli? Dieſe Frage verdient Aufmerkſamkeit wegen ihres Zuſammenhanges mit der prozeſſualiſchen Conſumtion. Wurde die zur Begründung der exceptio doli vorgeſchützte Gegenforderung conſumirt, ſo war die Caution nothwendig. Denn dann hatte der Kläger Intereſſe, daß conſumirt werde. Der Procurator vermochte das nicht zu bewirken, deshalb mußte er für dies Intereſſe des Klägers caviren. Wurde überhaupt nicht conſumirt, ſo war es gleichgiltig, ob der Procurator oder der dominus conſumire. Nun aber wird anzunehmen ſein, daß nicht conſumirt wurde. Mit ziemlicher Sicherheit liegt das in l. 21 cit.; denn nach der neueren in dieſer Stelle berührten Compenſationsweiſe ſollte der Procurator überhaupt nicht caviren. Und doch mußte vorkommen, daß er die Gegenforderung in judicio zur Beſtreitung des eingeklagten Ueberſchuſſes vorſchützte. Daß er deſſen ungeachtet nicht zu caviren brauchte, läßt ſchließen, daß auch nicht conſumirt wurde. Was von der Gegenforderung, die zur Beſtreitung des Ueberſchuſſes vorgebracht wurde, wird auch von denjenigen gelten, welche man zur Begründung der exceptio doli brauchte. Unſere frühere Annahme in Betreff der prozeſſualiſchen Conſumtion fände demnach abermals Unterſtützung.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Außerordentliches Verfahren und die spätere Zeit.

§ 36.

Wir fanden in einer besondern Fassung der intentio das Wesen der aus der Klage des Argentarius zu gemeinrechtlichem Institute entwickelten Compensation. Der Ursprung dieser Einrichtung selbst lag materiell in einem Bedürfnisse, ohne weiteres auf Ueberschuß klagen zu können, — formell in der Abhängigkeit des judex von der Formel. Das Bedürfniß, ohne vorgängige außergerichtliche Compensation zu dem Mehr der eigenen Forderung zu gelangen, ist so natürlich, daß es fortbestanden haben muß. Es besteht noch heute. Aber die Abhängigkeit des judex von der Formel mußte aufhören, wenn der Formulant und der judex Eine Person waren; mit der Formel selbst fiel jene Fassung der intentio.

Kam bei dem allmählig zum ordentlichen Verfahren erhobenen judicium extraordinarium die Litiscontestation in den ersten Act der Verhandlung zu liegen[1]), so konnte der Kläger vor der Litiscontestation auf eine Gegenforderung nicht gefaßt sein; oft war ihm vorher eine solche gar nicht bekannt; überhaupt konnte man nicht fordern, daß er blos auf Ueberschuß klage, so lange im Ungewissen war, ob Beklagter mit einer Gegenforderung kommen wolle. Mußte man den Kläger seine ganze Forderung einklagen lassen, so war eine pluspetitio mit ihrer Strafe nicht denkbar; aus den § 32 dargelegten Gründen konnte dies

1) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Römischen Reichs. Bd. I. S. 260.

Digitized by Google

nur eintreten, wenn die Klage ihrer Form nach auf einen Ueberschuß gerichtet wurde. Andererseits mußte, wenn die Billigkeit der Compensation nicht preisgegeben werden sollte, dem Beklagten allerdings freistehen, mit der Beantwortung der Klage die Opposition seiner compensablen Gegenforderung zu verbinden. Stellte sie sich ganz oder theilweise als richtig heraus, so konnte er nicht in mehr als den allenfallsigen Ueberschuß der klägerischen Forderung verurtheilt werden. Einer stärkeren Wirkung aber war dieses Opponiren der Gegenforderung nicht fähig: den Fall ausgenommen, wo Forderung und Gegenforderung sich deckten, bewirkte sie niemals Absolution des Beklagten. Denn eine pluspetitio war nicht vorhanden; die exceptio doli war bei der Ausdehnung der actio cum compensatione untergegangen[2]). Ohne strenger zu sein, als Julian es einst gewesen, konnte man sie nicht wieder aufnehmen. Denn damals schien der Kläger erst dann dolos, wenn er dem Verlangen des Beklagten, zu compensiren, kein Gehör schenkte; die Verhandlung in jure gab Gelegenheit, dies noch vor der förmlichen Klage und Litiscontestation herauszustellen. Jetzt war die Klage schon gestellt, noch ehe der Beklagte von Gegenforderung gesprochen; der Streit ward oft nur dadurch befestigt, daß eine Gegenforderung opponirt wurde. Worin konnte man hier einen dolus quod petit erkennen?

Das Verfahren extra ordinem in Betreff der compensablen Gegenforderung muß demnach dasselbe gewesen sein, wie das, welches wir heute beobachten; es war — so weit sich der ordo mit dem Verfahren extra ordinem vergleichen läßt, — das uralte Verfahren in b. f. judiciis. Wie in diesem der Gegenanspruch ex eadem causa, ohne exceptio, ipso jure erst in judicio zum Vortrag und zur Behandlung kam, zu einer Ausgleichung

2) l. 21 D. h. t. § 35.

Digitized by Google

der beiderseitigen Ansprüche und zu einer condemnatio in minus führte, so trat jetzt etwas Aehnliches für die compensable Gegenforderung ex diversa causa ein. Der Anbringung in judicio gleicht die Opposition der Gegenforderung in und mit der Litiscontestation; solchen Vertheidigungen gegenüber, welche immer noch exceptiones heißen und wie solche wirkten, geschah die Vertheidigung durch compensable Gegenforderung ipso jure. Als exceptio hätte sie immer noch ein summovere actorem bewirken müssen; es ist nicht zu erweisen, daß die exceptio doli jemals diesen Charakter verloren habe[3]). Daß aber der Kläger seinen Ueberschuß ohne vorgängige außergerichtliche Compensation erhalte und dem Beklagten dessenungeachtet die Billigkeit der Compensation gewährt werde, dazu erfand das alte Recht seine Formel. Da das formlose Recht nicht strenger sein konnte als das förmliche, so mußte jetzt Forderung und Gegenforderung gerichtlich gerade wie in b. f. judiciis ausgeglichen und auf ein minus erkannt werden.

In bonae fidei judiciis war man zu dem Satze gekommen, daß, wenn der Richter die opponirte Gegenforderung außer Acht lasse, eine Consumtion derselben nicht stattfinde, wohl aber, wenn er sie verwerfe (§ 33). Um so mehr mußte Consumtion eintreten, wenn der Richter sie anerkannte und zum Abzug brachte. Man kann indeß fragen, ob nicht vielmehr die Ausgleichung die zusammentreffenden Forderungsgrößen tilgte. Dann wäre die Gegenforderung nicht erst durch Consumtion, sondern noch vor dem Urtheil durch eine gerichtliche, wie Zahlung wirkende Compensation erloschen. Doch dieses kann ich deswegen nicht annehmen, weil es der Richter ist, der die Ausgleichung vornimmt und es nicht in die Absicht des Richters gelegt werden kann,

3) Bethmann-Hollweg im Rh. Mus. a. a. O. S. 278. Note 28.

Digitized by Google

daß er die Partheien bezahle. In ſeiner Hand iſt die Compenſation wiederum blos eine Rechnungsmanipulation; in Folge des auf den Reſt, mithin auf beide Forderungen geſtellten Urtheils aber wird die Compenſation nach den Grundſätzen des b. f. judicium nicht zur Zahlung, auch nicht zu einer Art von Zahlung, wohl aber dem Effecte nach eine Zahlung. Die prozeſſualiſche Conſumtion bewirkt, daß die ausgeglichenen Forderungsgrößen inſofern durch einander gezahlt ſind, als keine mehr wirkſam eingeklagt wird. Wie im Uebrigen, ſo wird auch hierin das Verfahren extra ordinem dem in b. f. judiciis analog geweſen ſein.

Wir hätten alſo für die Zeit, in der das extraordinäre Verfahren zum ordentlichen wird:

1. eine gerichtliche Compenſation. Zu ihrem Behuf wird

2. die compenſable Gegenforderung, ſo wie Donellus ſagt und meint, nicht ope exceptionis, ſondern ipso jure, nun nicht mehr blos vor-, ſondern angebracht. Inſoweit konnte man abermals ſagen, daß ipso jure compenſirt wird; nur war feſtzuhalten, daß

3. das wechſelſeitige Aufgehen der congruenten Forderungsgrößen nicht in der Compenſation, ſondern in der prozeſſualiſchen Conſumtion liegt.

§ 37.

Der Ausdruck „compensationem opponere, objicere“ kommt im älteren[4]) wie im neueren Rechte[5]) vor. Er iſt zu allgemein, um auf eine beſtimmte Compenſationsweiſe ſchließen zu laſſen. Auf diejenige aber, welche unſerer Annahme gemäß mit

4) z. B. l. 13 D. h. t.

5) l. 8 C. h. t. Gord.; l. 10 C. h. t. Diocl. et Maxim.

Digitized by Google

dem Verfahren extra ordinem allgemein wurde, ſchein l. 8. C. h. t. Gord. ziemlich ſicher zu deuten:

> Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id quod a matre tua legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies.

Ausdrücklich ſpricht das Reſcript von Forderungen ex dispari causa. Wir werden auch annehmen müſſen, daß ſtatt der fructus eine Geldſchuld conſtituirt war; mindeſtens iſt der Gedanke daran durch die Worte „debitor constitutus est“ und „mutuo debitae quantitatis“ ſehr nahe gelegt. Mithin hätten wir eine compensatio ex dispari causa pari specie, die vor dem urtheilenden Richter und, ſo viel zu erſehen iſt, nur vor dieſem opponirt wurde. Daß ſie nur zu einer condemnatio in minus führt, iſt nicht geſagt; aber nach Obigem (§ 1.) unzweifelhaft. — Schon zur Zeit des ordo judiciorum privatorum mußte eine ſolche Compenſation vorkommen, wenn Kläger ſeine Forderung in einem judicium extraordinarium verfolgte. Wäre z. B. in l. 5 C. h. t. Alex.[6]) der Kläger ſtatt des Beklagten der Fideicommiſſär, ſo hätten wir einen Fall, in dem längſt wie in b. f. judiciis compenſirt wurde.

Das wichtigſte Argument für dieſe Geſtaltung der Compenſation liegt darin, daß man nicht einſieht, wie innerhalb des judicium extraordinarium anders compenſirt werden konnte. Mehrere, welche die compensatio per exceptionem doli ſelbſt der Form nach feſthalten zu müſſen glaubten, fühlten es dennoch, daß

---

6) Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem. Petitio autem ejus, quod amplius tibi debere probaveris, sola relinquitur.

Digitized by Google

die Compenſation im judicium extraordinarium wie die in b. f. judiciis wirken müſſe. Dies Gefühl war richtig, nicht aber die exceptio. Sie ſuchten dadurch zu helfen, daß die exceptio ihre ausſchließlich abweiſende Wirkung im judicium extraordinarium verloren habe; ſie ſchufen ſtillſchweigend eine exceptio facti. Aber von letzterer hat Juſtinian noch nichts gewußt. Die Eine wahre exceptio doli muß heute noch abweiſend wirken. Theophilus ſelbſt ſcheint gerade dadurch verführt, daß ſeit ein paar Jahrhunderten eine condemnatio in minus ganz allgemein Folge der Compenſation war; er warf ſie mit jener ehemaligen exceptio doli D. Marci zuſammen, von der wir noch nicht recht wiſſen, wozu ſie gegeben war. — l. 7 § 1 D. h. t. iſt nicht das einzige Beiſpiel einer compensatio in b. f. judiciis, welche mitten unter die Compenſationen ex dispari causa pari specie geſtellt iſt. In der ſpäteren gleichartigen Behandlung hatten die Compilatoren ein Recht, beide Arten der Compenſation nicht nur in demſelben Titel zu vereinigen, ſondern auch einen ehedem nur in b. f. judiciis giltigen Satz, wie den in l. 7 § 1 D. h. t. von der quasi res judicata, als gemeinſames Recht hinzuſtellen.

Wäre l. ult. pr. C. h. t. „Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus“ dahin zu deuten, daß nun erſt auch unſere Compenſation ex causa dispari ipso jure geſchehen ſolle, ſo wäre gewiß, daß wenigſtens das neue Recht ſo compenſiren läßt, wie wir im judicium extraordinarium von jeher compenſiren ließen. Hierin iſt auch Einſtimmigkeit. Wir haben aber von vorne herein bezweifelt, daß die Neuerung des ipso jure fieri in l. ult. cit. der Compenſation gegolten habe; wir haben bewieſen, daß niemals *per* exceptionem compenſirt wurde, und daß die compensatio *propter* exceptionem noch in klaſſiſcher Zeit untergegangen iſt. Das Aufkommen einer andern exceptio fanden wir für die noch klaſſiſche Zeit durch ein anderes ganz

Digitized by Google

eigenthümliches, aber allgemein gewordenes Inſtitut ausgeſchloſſen, für das ſpätere Verfahren aber undenkbar. Als möglich fanden wir nur ein dem Verfahren in b. f. judiciis ähnliches, ipso jure ſtatthaftes Anbringen der Gegenforderung. Somit können wir nicht annehmen, daß dies erſt durch Juſtinian angeordnet wurde.

Wir haben endlich im Anſchluß an einige ältere Juriſten gemuthmaßt, welch anderem Inſtitute die Verordnung ipso jure fieri gegolten habe, und Gründe dafür angegeben, daß es die Retention ſei. Wenn wir nun, um dieſe zu verſtärken, uns auf eine Betrachtung der Retention einlaſſen und hierbei zu einigen minder currenten Sätzen gelangen, ſo iſt es doch weder in unſerer Abſicht, noch in unſerer Macht, jene Betrachtung erſchöpfend hinzuſtellen, und dieſe Sätze mit mehr als ſpärlichen Zeugniſſen zu unterſtützen. Unſer Zweck wäre erreicht, wenn durch die folgende Erörterung der Satz ſich befeſtigte, daß nicht erſt nach l. ult. C. h. t. ipso jure compenſirt wurde, und es noch wahrſcheinlicher würde, daß weder das ipso jure in dieſer Stelle, noch die exceptio doli in § 30. J. act. der Compenſation gegolten habe.

§ 38.

Eine der neueſten Monographien über Retentionsrecht bezeichnet letzteres „als ein für ſich beſtehendes, keinem andern Rechte wie Theil angehöriges, in ſich ſelbſt ſo eigenthümlich geartetes Recht, daß man es ohne Fehlgriffe gegen das, was Rechtens iſt, mit irgend einem andern Rechtsinſtitute nicht vermengen kann.“[7])

---

7) Die Lehre von dem Retentionsrechte. Von C. W. Schenck. Jena 1837. § 4.

Digitized by Google

Schenck meint das Recht der Retention an Sachen. Dieſes kann allerdings nicht mit der Bemerkung erſchöpft werden, es ſei eine exceptio doli zu Gunſten connexer Gegenanſprüche[8]). Dieſe exceptio doli beruht auf ſo beſonders determinirten Vorausſetzungen, daß es nothwendig wird, entweder jene Retention als eigenes Inſtitut, oder dieſe exceptio doli beſonders zu behandeln. Aber deshalb ſteht dieſe Retention noch nicht ganz und gar für ſich da. Man mag ſie die Retention κατ' ἐξοχήν nennen (nur an Sachen iſt das retinere im buchſtäblichen Sinne denkbar), aber gleich dieſem Worte, das weit über die Grenzen der Schenck'ſchen Retention hinausgreift, ruht die Retention auf einem Gedanken, der nicht an dem Rechte zur Sache haftet.

Die Retention einer Sache wegen Forderungen, die aus dieſer Sache herrühren, iſt nichts Anderes als die Uebertragung einer Eigenthümlichkeit der b. f. judicia auf das Gebiet des dinglichen Rechtes. Im bonae fidei judicium, wie in der arbiträren dinglichen Klage, diente zur Richtſchnur, daß Keiner zu ſeinem Rechte komme, ohne die dieſem Rechte entſprechende Schuldigkeit abzutragen. Daß das Recht, dem die Schuldigkeit entſpricht, hier ein dingliches, dort ein perſönliches iſt, ändert an der Sache ſelbſt nichts; wohl aber mußte dieſe Verſchiedenheit eine Verſchiedenheit der Durchführung begründen. Der Umſtand, daß es ſich bei dinglicher Klage um das Recht an einer Sache handelt, deren natürliche Reſtitution das Geſetz durch ein arbitrium befördert, verlangte etwas Anderes, als ſofort zu Taxation der Sache und Abzug der Gegenforderung zu ſchreiten. In welcher Weiſe man hierbei den Partheien zu genügen ſuchte, iſt oben[9])

8) Puchta, Pand. § 94. Note b am Ende.

9) § 24.

Digitized by Google

bei anderer Gelegenheit erörtert worden. In bonae fidei judiciis, die zugleich auf natürliche Reſtitution gingen, alſo gleichfalls arbitria waren, muß eine ähnliche Vermittlung wie bei dinglichen Klagen ſtattgefunden haben. Außerdem war der Weg zweifach. Unter Umſtänden hatte gar kein Klagrecht, wer nicht zuvor das Seine geleiſtet; oder, wenn er klagte, gelangte er zwar zur Befriedigung, aber ſeinem Gläubiger wurde zugleich gezahlt. Dadurch nämlich, daß die condemnatio um den Betrag der Gegenforderung gemindert wurde, iſt Beklagter im weiteren Sinne des Wortes mitbezahlt; es iſt damit ausgeſprochen, daß er vor dem Kläger nicht zu zahlen brauchte, daß er erſt in dem Augenblicke, da ihm ſelbſt genug geſchieht, auch den Gegner befriedigen muß. Wo die Klage aber, wie im erſten Falle, ohne Vorausleiſtung des Klägers gar nicht ſtatthaft iſt, wirkt derſelbe Grundſatz noch ſtärker. [10])

So in bonae fidei judiciis und arbitriis. Iſt derſelbe Gedanke nicht auch in str. j. judiciis durchgeführt worden? Ihrer Form nach iſt die ſtrengrechtliche Forderung zwar einſeitig und entſpricht dem Rechte keine Pflicht; ihre materiellen Vorausſetzungen dagegen ſind dieſelben, wie die der Obligationen überhaupt. Der einſeitigen Form ungeachtet kann den ſtipulirten decem mannigfache Schuld des Stipulators entſprechen [11]), und es iſt nicht Mangel an Gelegenheit, wenn nicht geſchah, wornach wir fragen; auch nicht Scheu vor beiſpielloſer Neuerung. War es nicht Aufgabe der exceptio doli, was in bonae fidei negotiis als Regel galt, in str. j. judiciis mindeſtens ausnahms-

10) In der bekannten l. 13 § 8. D. act. emti. et vend. Ulp. (19, 1.) wird auch dem Verkäufer, der den Preis noch nicht erhalten hat, das retinere geſtattet.

11) Gneiſt (D. H. R.), die formellen Verträge der neuen römiſchen Oblig.-Rechte. Berlin 1845. II. Abſchn. §§ 2, 3, 4.

Digitized by Google

weiſe durchzuſetzen? warum ſollte man ſie nicht auch gegen die Unbilligkeit jener Vorforderung brauchen? Denn, war das Recht der Forderung noch ſo ſtreng, den Gedanken der Billigkeit vermochte es nicht mehr zu unterdrücken. Dagegen mußte doch manches hinderlich ſein. Sollte eine mit den Gründen und Vorausſetzungen der eingeklagten ſtrengrechtlichen Forderung zuſammenhängende Gegenforderung dem Begehren des Beklagten gemäß berückſichtigt werden, ſo mußte der Richter über die einfache causa der ſtrengrechtlichen Forderung hinaus auf die materialia causae, auf ſämmtliche damit zuſammenhängende Thatſachen, mitunter alſo auch auf bonae fidei negotia eingehen. Ja, die Gegenforderung des Beklagten konnte ſelbſt noch als bonae fidei actio daſtehen, während die des Klägers die einfache causa ſtrengen Rechtes für ſich hatte[12]). So würde der judex des str. j. judicium zu demſelben Amte gekommen ſein, wie der Mann des beſondern Vertrauens; der blos vom Magiſtrate beſtellte Richter wäre dem gekorenen arbiter gleich geworden; ſtatt ſeiner urſprünglichen Aufgabe, die wie das ſtrengrechtliche Geſchäft ſelbſt kurz und bündig, kaum auf mehr als ein Ja oder Nein gerichtet, durch den Beweis beſtimmter Thatſachen bedingt und nicht durch vielfaches Ermeſſen gehemmt war[13]), hätte er die verwickelten Unterſuchungen des b. f. judicium überkommen.

Daß das geſchah, iſt nicht zu vermuthen. Entweder fand die fragliche Ausdehnung auf str. juris judicia gar nicht ſtatt, oder nach einem andern Maßſtabe — nach meiner Meinung ſo, daß auch die Gegenforderung ſtrengrechtlich ſein mußte.

---

12) z. B. l. 3 D. resc. vend. (18. 5.) Paul.

13) Cicero pro Caecin. cap. 3. Si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo judicio sine ulla religione judicis condemnatur.

Digitized by Google

Connexität der Gegenforderung war nicht nothwendig; aber auf mehr als die strengrechtlichen causae der Forderungen brauchte nicht eingegangen zu werden. Dann war zwar mehr als in bonae fidei judiciis gethan, eadem causa nicht Erforderniß, dagegen der Charakter des str. j. judicium, sein rascher Gang gewahrt, und in dem Erforderniß, daß auch die Gegenforderung strenges Recht habe, immer noch eine Schranke festgehalten.

§ 39.

Ich hätte dem Leser die Erörterung dieser noch in der Luft schwebenden Frage: ob jene Rücksicht auf Gegenforderungen auf str. j. judicia ausgedehnt worden sei, erspart, wenn nicht durch die Quellen selbst die Frage angeregt würde. Denn daß der Institutionenverfasser in § 30 act. von der Uebertragung einer Eigenthümlichkeit der bonae fidei judicia auf die stricti juris spreche, ist klar. Als Eigenthümlichkeit der ersteren nennt er:

> -- ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est, debeat condemnari.

Bei Gajus IV. § 61. heißt es:

> — ut habita ratione ejus, quod invicem actorem *ex eadem* causa praestare oporteret, in reliquum cum quo actum est condemnare.

Die Uebertragung dieser Eigenthümlichkeit, sagen die Justin. Institutionen, sei durch ein Rescript des Kaiser Marcus erfolgt. Als Mittel dieser neuen Parallelisirung des str. juris mit dem b. f. judicium wird eine exceptio doli genannt. Diese können wir nicht bezweifeln, nur einer falschen Auslegung müssen wir vorbeugen, nämlich der, als habe der Institutionenverfasser gesagt: vermittelst der exceptio doli seien nun in str. juris wie in b. f. judiciis Forderung und Gegenforderung von einander ab-

Digitized by Google

gezogen worden. Was immer die Gegenforderung für eine war, sie substanzirte nur den dolus des Klägers und die exceptio; wurde diese bewiesen, so mußte Kläger durchfallen, weil es dolos war, zu klagen, bevor er das Seinige gethan. Beruhte auch die Berücksichtigung der Gegenforderung in str. j. auf demselben Gedanken, wie in b. f. judiciis, so fiel doch die Durchführung in strícto jure wegen der Einseitigkeit des Judiciums und wegen der Exclusivität der exceptio doli anders aus. Die exceptio doli war hier ihrem Wesen nach eine exceptio retentionis, von derselben Bedeutung, wie die exceptio doli gegen Vindicationen, wenn der Beklagte Retentionsrecht behauptete; nur daß im letzteren Falle ein arbitrium vermittelnd zwischen exceptio und Sentenz trat, in str. j. judiciis nicht.

Noch aber fragt sich: Was für Gegenforderungen sollten die exceptio doli substanziren? Erstens: mußten es Gegenforderungen ex eadem causa sein? Geschrieben steht hierüber nichts. Merkwürdigerweise sind selbst bezüglich der vorangeschickten compensatio in b. f. judiciis die bei Gajus vorkommenden Worte ex eadem causa in den Justinian. Institutionen weggelassen.

Zweitens: mußten es compensable (d. h. pari specie) Gegenforderungen sein? Das ist aus zwei Gründen zu verneinen. Einmal bestand eine exceptio doli zu Gunsten compensabler Gegenforderungen und in str. j. judiciis schon zu Julians Zeit, konnte also von Marcus nicht eingeführt werden. Dann ging Kaiser Marcus sowie die Institutionen darauf aus, durch die exceptio doli die billige Rücksicht der b. f. judicia auf Gegenforderungen in str. juris judiciis einzuführen. Daher durfte er sich nicht auf compensable Gegenforderungen beschränken; sonst wären gerade die materiell conneren Gegenforderungen, die in b. f. judiciis allein berücksichtigt wurden, ganz vorzüglich ausgeschlossen

Digitized by Google

worden. Denn die materiell conneren ſind meiſtens ungleichartig.

So fänden wir im Reſcripte Marc Aurels ein Recht der Gegenforderung in str. juris judiciis eingeführt, das keine Compenſation iſt, ſondern wenn das Inſtitut einen Namen haben ſoll, eher eine Retention. Mindeſtens iſt der Grundgedanke der exceptio dieſes Rechts der der Retention überhaupt. Unſere Argumente gegen Theophilus, gegen die Gewohnheit, das Wort compensatio in § 30. J. act. als die alte Compenſation zu behandeln, gegen die faſt einſtimmige Auffaſſung der exceptio doli D. Marci als einer exceptio zum Behuf der Compenſation wären hiermit verſtärkt.

Ganz ohne Vorgang iſt unſere Auslegung von § 30 J. cit. nicht. Bellojus [14]) hat offenbar an eine retentio gedacht, wenn er ſagte: Quod enim Tribonianus in strictis actionibus de doli mali exceptione opponenda rescripsit, ad actiones in rem pertinere existimo; nur meinte er die retentio gegen actiones in rem, was, weil von einer exceptio doli in str. j. judiciis die Rede iſt, natürlich nicht angeht.

Aber auch weiterhin deuten die Quellen auf eine ſolche ausgedehnte Retention der Forderung gegen Forderung. Ulpian ſagt l. 13 D. cond. ind. (12, 6):

> Qui invicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.

Daß von zwei perſönlichen Forderungen die Rede iſt, unterliegt keinem Zweifel. Aber dabei können Forderung und Gegenforderung ex eodem b. f. negotio nicht gemeint ſein; denn dieſen

14) ſ. oben § 17. Note 16.

Digitized by Google

ſteht das jus pensationis immerhin zu. Alſo muß Ulpian von Forderungen ex dispari causa geſprochen haben; auf ſtrengrechtliche verweiſen die Ausdrücke creditor et debitor, und namentlich die crediti petitio. Ueberdies denkt ſich Ulpian die compensatio, von der er ſpricht, mit einer indebiti condictio in Verbindung. Dieſe ſteht wohl nur der Compenſation in str. j. judiciis zur Seite [15]). Spricht alſo Ulpian von ſtrengrechtlichen Forderungen, die zur Compenſation nicht geſchickt ſeien, ſo liegt nichts näher, als daß er ſich ſolche vorſtellt, die imparem speciem haben. Ulpians Entſcheidung auf einen einzelnen Fall angewendet, würde alſo dahin lauten: daß wenn A von B zwanzig Scheffel Gerſte, B von A zwanzig Scheffel Waizen zu fordern hat, derjenige von beiden, welcher vor dem Andern leiſtet, nicht zurückfordern darf. Wozu ſolche Entſcheidung, wenn aus dieſen wechſelſeitigen Forderungen gar nichts entſpringt, als das Recht der Forderung und die Pflicht, zu zahlen? Ulpian muß gedacht haben, es brauche Keiner vor dem Andern zu zahlen. Nur dann war ſeine Frage nach dem Rückforderungsrechte nicht müſſig. Dann hat er nur in einer neuen, freilich verdeckten Wendung ausgeſprochen, was grundſätzlich öfters vorkommt: daß bloßes Retentionsrecht keine indebiti condictio gebe [16]).

---

15) Dem Gegenanſpruch ex eadem causa in b. f. judiciis ſteht das jus pensationis und die contraria actio zu. Meines Wiſſens iſt l. 10 § 1 D. h. t. Ulp. die einzige Stelle, die ihm auch eine condictio indebiti einzuräumen ſcheint. Aber deswegen, weil ſie im äußerlichen Zuſammenhange mit der compensatio in b. f. judiciis ſteht, möchte ich ſie noch nicht dahin deuten. Vgl. oben § 9. Note 52.

16) Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus l. 51 D. cond. ind. (12, 6.) Pomp. ad Q. Muc. cf. l. 33 D. cond. ind. Julian. Pomponius Regel ſpricht offenbar von Rechten, denen ein anderer Schutz als Retention nicht zuſteht, wie er (l. 21 D. ad S. C. treb. 36, 1.) auch den Ariſto von ſolchen ſprechen läßt, qui retentiones, quas solas habent,

Digitized by Google

An der Gränze claſſiſcher Zeit ſteht l. 4 C. comm. (4. 23.) Diocl. et Maxim.:

> Praetextu debiti restitutio commodati probabiliter non recusatur.

Hierin hat man nicht ſelten den Beleg finden wollen, daß Compenſation gegen eine actio commodati unzuläſſig ſei. Dabei, meint Krug[17]), ſei wohl nur der eigentliche Streitpunkt überſehen worden, und die Stelle nach dem ganz allgemeinen Grundſatze zu erklären, daß Geld und Sache nicht compenſabel ſeien. Krug kommt mit denen, die er bekämpft, darin überein, daß l. cit. auf die Compenſation gehe; indeß iſt nicht undeutlich, daß dieſe Stelle nicht von Compenſation ſpricht. Mit dieſer iſt das Wort recusatur unvereinbar. — Insbeſondere kann von keiner compensatio ex eadem causa die Rede ſein; auf dieſe muß ſich der Kläger einlaſſen[18]). Der Commodatar begehrte hier auf Grund einer vom Commodate unabhängigen Gegen-

---

omittunt. Vgl. l. 14. § 1. D. comm. div. (10, 3.) Paul. — tantum retentionem habeo, und l. 14. D. doli mali et m. exc. (44, 4.) Paul. — non alias sumtus consequi posse, quam per retentionem. Für Pomponius Zeit hat dieſe Regel allerdings alle Retentionsfälle umfaßt, in denen nicht condicirt werden konnte. Für Ulpians Zeit, wo auf Grund klagbarer Forderungen, die alſo nicht solas retentiones haben, unſerer Auslegung gemäß gegen Forderungen retinirt werden konnte, war ſie zu eng. Die falcidiſche Quart war im weiteren Sinne des Wortes der Retention unterworfen, aber auch klagweiſe verfolgbar. Nach jener Regel, die Pomponius vielleicht ſchon bei Q. Mucius fand, war ſie alſo auch der repetitio unterworfen. Unſere Gegenforderung war der Retention in einem engeren Sinne des Worts wegen wechſelſeitigen Anſpruchs unterworfen; ſie war auch klagweiſe verfolgbar, aber zur repetitio führte ſie nicht, wohl deswegen, weil das Recht, das man durch Retention hätte ſchützen können, nach verſäumter Retention immer noch durch die eigene Klage (sui crediti petitio) zu realiſiren war.

17) a. a. O. S. 207 am Ende.

18) Gajus IV, 62. § 28. J. 4, 6. l. 18. § 4. D. comm. (13. 6. Gaj.) Die letzte Stelle ſpricht in ununterbrochenem Zuſammenhange vom Commodat.

Digitized by Google

forderung die Retentio der commodirten Sache. Sie wird ihm verweigert, nicht, weil eine Retention von Forderung gegen Forderung etwas Unerhörtes war, ſondern wegen der beſondern Fides dieſes Contractes[19]). Vielleicht iſt es eine ſtrengrechtliche Forderung, auf deren Grund Retention begehrt wurde. Galt übrigens Retention zwiſchen ſtrengrechtlichen Forderungen, ſo mußte ſie ſich auch auf andere ausdehnen. Ebenſo wird das Verbot einer exceptio doli zu Gunſten von Gegenforderungen wider die actio depositi nur auf Retention zu deuten ſein[20]); ſie wird ausdrücklich von jener Compenſation durch dieſelbe actio unterſchieden.

Um auf die frühere Zeit zurückzukommen, was war denn der Geſichtspunkt jener sacrae constitutiones, wornach die Execution ſo lange aufgeſchoben werden ſollte, bis der bei demſelben Richter belangte Kläger gleichfalls ſein Urtheil bekommen hätte?[21]) Es kann kaum ein anderer als der eines ſehr ausgedehnten Retentionsrechtes geweſen ſein. — In der ſpätern Zeit muß das Retentionsrecht gar keine Schranke mehr gekannt haben.

19) ſ. d. in der folgenden Note abgedruckte Stelle.

20) l. 11 C. dep. (4, 34.) Justinian. Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum: eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: nullamque compensationem vel deductionem, vel *doli exceptionem opponat*, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei *retentio* generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.

21) l. 1 § 4. D. quae sent. sine app. (49, 8.) Macer. Si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et judex me priorem tibi condemnaverit, quo magis tu prior me condemnatum habeas, non est mihi necesse pro hac causa appellare, *quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicetur, sed magis est, ut interpellatio interponatur.*

Digitized by Google

In der oben Anm. 20 abgedruckten Conſtitution läßt Juſtinian den Beklagten nicht nur perſönliche, ſondern auch dingliche Rechte gegen die actio depositi vermittelſt einer exceptio doli prätendiren[22]). Gegen die actio depositi iſt dieſe Prätenſion unterſagt; aber eben daraus zu entnehmen, daß ſie anderweitig von Erfolg war.

Wie l. ult. Cod. h. t. unter Compenſationen dingliche wie perſönliche Rechte, ja Interdicte auftreten, wie § 30 J. act. gegen alle erdenkbaren Klagen (sive in rem sive in personam sive alias quascunque) compenſiren läßt, das wäre demnach leicht erklärlich, wenn unter den Compenſationen die Retentionen mitbegriffen ſind.

Daß in l. ult. pr. Cod. h. t. eine exceptio abgeſchafft iſt, darf wohl nicht bezweifelt werden. Eine exceptio der Compenſation, wie man gemeinhin annimmt, konnte nicht abgeſchafft werden, weil per exceptionem niemals, propter exceptionem ſeit Jahrhunderten nicht mehr, ſondern ſchon vor Juſtinian in str. juris gerade ſo, wie in bonae fidei judiciis, d. h. ipso jure compenſirt wurde. Aber die Retention konnte ihre exceptio doli verlieren, und es läßt ſich auch ein nicht unvernünftiger Grund denken, dieſe exceptio zu beſeitigen.

Die mildeſte Form, in der dem Gegenanſpruche ſein Recht angedeihen konnte, war der, wenn Kläger und Beklagter gleichzeitig befriedigt wurden. Bei der pensatio der b. f. judicia war das von Alters her der Fall; ebenſo — trotz der exceptio doli — auch bei der Retention von Sachen gegen dingliche Klagen wegen

22) — nullamque doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales vel in rem vel hypothecariam praetendens.

Digitized by Google

eines Anſpruchs ex eadem re, durch das vermittelnde arbitrium; nicht minder führte die Compenſation gleichartiger Forderungen ex dispari causa nach dem Verfahren der ſpätern Zeit zu demſelben Reſultate. Dagegen mußten bei jener Ausdehnung der retentio Fälle vorkommen, in denen die exceptio doli immer noch ihre excluſive Wirkung hatte: ſo z. B. wenn ungleichartige Forderungen wider einander oder dingliche Rechte gegen Forderungen retinirt wurden. Dieſe einſeitige Wirkung der vollſtändigen Abſolution mochte endlich zu ſchroff ſcheinen. Anſpruch und Gegenanſpruch ſollte nun ganz allgemein, ohne Rückſicht auf dingliche oder perſönliche Natur oder irgend eine andere Qualität derſelben (sive in person. sive in rem actiones sive alias quascunque) nach dem Typus der Compenſation gleichzeitig befriedigt werden. Ohne Abſchaffung der exceptio doli war das nicht möglich, ihrem vielbeſprochenen Weſen nach muß dieſe heute noch excluſiv wirken. Wie die eigens ſogenannte älteſte Art der Retention von Sachen wegen Anſpruchs ex eadem re ihrem Gedanken nach eins war mit der Compenſation in b. f. judiciis, ſo ſollte nun nicht nur dieſe Retention, ſondern der ganze Umfang der aus jenem Gedanken erwachſenen Retentionen in ihrem prozeſſualiſchen Reſultate gleich werden mit dieſer Compenſation. Dazu war nothwendig, daß ſie ſämmtlich wie dieſe ipso jure berückſichtigt wurden. Derſelben Compenſation in b. f. jud. war die der gleichartigen Forderung längſt gleich geſtaltet: Alles zuſammen bekam nun die gemeinſchaftliche Firma: Compensatio.

§ 40.

Ich habe in den vorausgegangenen drei Paragraphen die retentio verfolgt, um Argumente dafür zu gewinnen, daß Marc

Digitized by Google

Aurel keine exceptio compensationis, ſondern eine exc. retentionis eingeführt und daß Juſtinian in l. ult. Cod. h. t. keine exceptio compensationis, ſondern eine exceptio retentionis abgeſchafft, alſo unter ſeinen „compensationes“ und bei dem ipso jure fieri sancimus vorzugsweiſe an Retention gedacht habe. Hiefür finde ich ſchließlich noch einen Beleg in der Einführung des Erforderniſſes der Liquidität, welche in derſelben l. ult. Cod. h. t. erfolgte[22a]).

Daß dieſes Erforderniß ſchon vor Juſtinian beſtanden habe, iſt nicht nachgewieſen[23]). Cujacius[24]) fand in l. ult. Cod. h. t. gar nichts Neues: namentlich das Erforderniß der Liquidität ſchon in l. 22 D. h. t. Scaevola[25]). Das wäre unbegreiflich, wenn er unter dem debitum illiquidum bloß die unerwieſene, nicht auch die alternative, überhaupt die ihrer Exiſtenz nach ſchwebende Schuld und noch manches Andere verſtanden hätte[26]). Dieſelbe Vermengung iſt Schuld, daß er ſich auf l. 3 D. tut. et rat. distr. (25, 7)[27]) beruft. Laut eben dieſer l. 3 mußte — weit entfernt, daß die Compenſation in b. f. judiciis durch ein Erforderniß der Liquidität verkümmert worden wäre, der Kläger vielmehr ſchon caviren, wenn der Gegenanſpruch auch noch nicht exiſtirte, ſondern blos möglich (in incerto) war. Die Caution

---

22a) ſ. unten § 45. Note 1.

23) vergl. Krug a. a. O. § 89.

24) comm. in tit. Cod. de comp. prooem. cf. observ. 8, 16.

25) Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet; ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

26) — debiti liquidi i. e. certi et confessi et praesentis — (in tit. cod. comp.)

27) Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, *incerto hoc*, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorique; arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.

Digitized by Google

wird hier Bedingung der Urtheilsvollſtreckung geweſen ſein[28]). Auf eine ſolche Ungewißheit, nicht auf eine Unbewieſenheit des Rechtes, deutet das „in incerto“ der l. 3 D. tut. et rat.[52a]) Haſſe, der es gleichfalls auf ein illiquidum bezog[29]), hierin aber von Bethmann-Hollweg beſtritten wurde[30]), argumentirt ferner aus der actio judicati, gegen die ſchon nach claſſiſchem Rechte compenſirt worden ſei, jedoch unfehlbar nur bei Liquidität der Gegenforderung. Aber konnte die mit der actio judicati eingeklagte Forderung nicht noch geläugnet werden? Ohne Beweisverfahren wäre hier die alte Strafe des Läugnens[31]) nicht denkbar geweſen. War einmal ein Beweisverfahren da, warum nicht auch für Compenſation? Hätte man dieſe aber auch hier ausgeſchloſſen, ſo wäre aus dem Erforderniſſe der Liquidität in der Executionsinſtanz auf ein allgemeines Erforderniß der Liquidität noch keineswegs zu ſchließen.

Was war nun der Beweggrund, daß Juſtinian ein ſolches einführte? Donellus fand ihn ſo wenig, daß er der Conſtitution Gewalt anthat und daſſelbe nur für den Fall zuließ, wenn Beklagter nach Durchführung des Beweisverfahrens noch Com-

---

28) So wird letztere auch verſagt, bis die Bedingung, unter der Kläger ein klagbares Intereſſe hat, eingetreten iſt. L. 40. D. de leg. Aq. (9, 2.) Paul. In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere, sed tunc condemnationis ex actio competit, cum debiti conditio extiterit; quodsi defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

28a) ſo z. B. l. 84. D. 29, 2. Papin. — Si vacua ventre mulier fuit et incerto eo — l. 25. § 6. D. 29, 2 Ulp. — Si clusae adhuc tabulae sunt, et sit incertum, an filius sit scriptus heres.

29) a. a. O. S. 173. Note 26.

30) a. a. O. S. 259.

31) Gajus IV. § 171.

Digitized by Google

penſation einer illiquiden Gegenforderung begehrte[32]). Krug[33]) hat dieſe Auslegung motivirt; weil nun ipso jure compenſirt worden ſei, habe man noch bis zuletzt, bis zum Urtheil compenſiren können; das ſei nicht der Fall geweſen, ſo lange man per exceptionem compenſirte. Alſo habe Juſtinian zwar bis zum Urtheil compenſiren laſſen, aber zugleich die Schranke der Liquidität gegen den Aufſchub bis zuletzt eingeführt. Haſſe[34]) hat die Unhaltbarkeit jener Interpretation, Sintenis[35]) die dieſer Motivirung ausgeführt. Man kann nicht nachweiſen, daß im ſpäteren Verfahren die exceptio an einen gewiſſen Zeitpunkt der Verhandlung gebunden war. Dennoch gab, wie mich dünkt, die Aufhebung der exceptio den Anlaß, das Erforderniß der Liquidität einzuführen; umſonſt iſt jene Aenderung und dieſe Neuerung nicht zugleich verordnet worden.

Die Verhandlung über die exceptio war verhältnißmäßig kurz; um auf Abweiſung der exceptio zu erkennen, kam es nur auf die Exiſtenz des Gegenanſpruches an. Wurde dagegen letzterer ipso jure geltend gemacht, ſo mußte er in ſeinem ganzen Umfange gewürdigt werden; denn jetzt handelte es ſich um Befriedigung beider. Die Exiſtenz eines Rechtes kann längſt dargethan ſein, während die Beſtimmung des Umfanges und der Größe die Verhandlung hinhalten. Und noch Eins. Gewiß wurden nun oft ſtatt eines zwei Erkenntniſſe nöthig. Ich glaube, daß die ſchon oben erwähnte[36]) Juſtinianiſche Conſtitution mit

32) a. a. O.

33) a. a. O. § 91.

34) a. a. O. S. 186 fg.

35) Zeitſchrift für Civilrecht und Civilprozeß. XVIII. S. 3 fg.

36) ſ. oben § 24. Note 34; l. 14. Cod. 7, 45. Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicatae, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare: hujusmodi sententiam

Digitized by Google

l. ult. Cod. h. t. in legislativem Zusammenhange steht. Der Richter soll nun auch den Kläger verurtheilen können. An eine mutua petitio darf man hierbei nicht denken; mit dieser hat die Constitution nichts zu schaffen. Sie verordnet nicht, daß, wenn der Kläger vom Beklagten eingeklagt werde, eine Verurtheilung auch des Klägers stattfinden könne, was sich von selbst verstand. Sie verordnet auch nicht, daß er reconvenirt werden dürfe; denn nicht nur ist einer Widerklage mit keinem Worte gedacht, sondern diese bestand auch längst zu Recht[37]). Demnach kann l. 14 Cod. 7, 45. nur von einem compensationsweise, in Form eines Einwandes vorgebrachten Gegenanspruche reden, und dieser, verordnet Justinian, soll mitunter auch zu einer Verurtheilung des Klägers führen können. Letzteres erklärt sich sehr wohl, wenn l. ult. Cod. h. t. vorangegangen war; denn dadurch gerieth alles denkbare Gemisch von Rechten an einander. Wie mochte da die condemnatio in minus noch überall[38]) ausreichen als

non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare: nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem judicio non dedignetur. Lamp. et Orest. coss. 530.

37) l. 22. D. judiciis etc. (5, 1) Paulus. Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eundem judicem mitti.

38) Darauf, daß sie nicht überall ausreiche, beziehe ich das „plerumque" in § 39 J. act. (IV, 6.): Compensationes quoque plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Seit l. ult. Cod. h. t. gibt es Compensationen, die nicht mehr zu einer condemnatio in reliquum, sondern zu doppelter Verurtheilung führen. Die condemnatio in reliquum findet namentlich in den alten Fällen der pensatio in b. f. judiciis statt. An diese denkend fährt dann die Rede fort: Nam ex bono et aequo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnat, sicut jam dictum est. Daß dies aber nicht die einzigen Fälle seien, zeigen die letzten Worte, mit denen auf § 30 J. act. verwiesen wird.

Digitized by Google

Mittel gleichzeitiger Befriedigung, während doch die Execution längst auf Naturalrestitution ging?

Wenn die exceptio doli abgeschafft, mithin die Retentionen ipso jure eingeführt wurden, war Verzögerung des Prozesses, Vervielfältigung der Beweise, der Erkenntnisse, der Executionen in Aussicht gestellt; daher sollte gleichzeitig durch das Erforderniß der Liquidität eine Schranke gezogen werden.

Drittes Kapitel.

Von der außergerichtlichen Compensation.

§ 41.

So lange als es fungible Sachen gibt und zwei einander ein Quantum derselben von gleicher Art schuldig und zu geben bereit waren, so lange mußte die Compensation außer Gericht vorkommen. Mancher Ernst des alten Rechts ist uns heutzutage unverständlich; aber in diesem Falle hin und her zu schleppen, statt liegen zu lassen, wäre in allen Zeiten lächerlich gewesen. Die das öfter als einmal gethan hätten, würden uns kein Recht hinterlassen haben, das ein Werk gemeiner Vernunft heißen kann. Mit diesem Vorkommen der freiwilligen Compensation ist nicht zu verwechseln der Zwang zur Compensation, und das Recht darauf. Dieser Zwang, dieses Recht sind Sache besonderer Einführung; unsere Quellen hierüber reichten nicht über Labeo hinauf; ich glaube auch, daß das Recht zur Compensation als gemeines Recht kein uraltes war, und halte insoweit Christiansen's[1]) übrigens gar zu anschauliche Darstellung für richtig. —

---

1) Institutionen des R. R. 1843. S. 475 folg.: „Noch im 5ten Jahr-

Digitized by Google

Die freiwillige Compenſation dagegen war nicht wie der Zwang dazu aequitatis, ſondern naturali ratione zu jeder Zeit und bei allen Völkern vorhanden.

Aber wiederum eine andere Frage iſt: in welcher Art oder Form geſchah die freiwillige Compenſation, — jene Compenſation, zu der in Julian's Zeiten, wo nicht freiwillig, ſo doch propter exceptionem doli geſchritten wurde? In Beſtimmung dieſer Form hat jedes Recht freie Hand. Wir wollen nun ſehen, wie das römiſche verfuhr.

Eines wiſſen wir aus dem Früheren, daß dieſe Compenſation nicht von ſelbſt geſchieht, ſondern ein Geſchäft der Parteien erheiſcht. Was für eines? Natürlich mußte Tyndarus das Urtheil jener Richter loben, die gegen einen Kaufmann ſeiner Stadt, der daheim und für ſich ſelbſt Abrechnung gepflogen, und, da kein Saldo blieb, das Credit und Debet caſſirt, dem Geſchäftsfreunde hiervon Meldung gethan, mit der Bemerkung, es ſei abgerechnet, und dann doch noch geklagt hatte, das Urtheil ſprachen, daß Compenſation auch einſeitig geſchehe[2]). Denn iſt die Compenſation von vorn herein, wie Tyndarus lehrt, von ſelbſt geſchehen, ſo kann ſie keiner Uebereinkunft mehr bedürfen, und iſt ſchon ein einſeitiger Act mehr als genug. — Diejenigen, welche der im zweiten Kapitel des erſten Abſchnittes erörterten Lehre anhängen, gehen denſelben Weg wie Tyndarus, nur umgekehrt. Bei Tyndarus und ſeinen zahlreichen Anhängern iſt die Compenſation von ſelbſt da, aber es braucht doch noch einer

---

hundert wäre dem Prätor der Verſtand ſtille geſtanden, wenn ein Beklagter Compenſation verlangt hätte." Man ſehe hierüber den Dialog zwiſchen Kläger und Beklagten daſelbſt. Erſt im 6ten Jahrhundert gab es verſtändige Prätoren, die ſich von der „durchaus abgeſchloſſenen Individualität" der Forderungen nicht mehr beirren ließen.

2) a. a. O. Art. VI. (bei der Abhandlung der comp. voluntaria).

Digitized by Google

Handlung; nach der modernen Lehre iſt die Compenſation nicht von ſelbſt da, aber wenn etwas geſchehen iſt, iſt ſie doch von ſelbſt da. Beiden Lehren lag nun ob, zu beſtimmen, was noch geſchehen müſſe, damit die Compenſation eintrete. Der ältern Lehre, eben weil ſie von einem wirklichen „von ſelbſt“ ausging, mußte das Mindeſte genügen, ſofern nur ihr usus, ihr exercitium darin enthalten iſt. Wie bei der Scheibe bedurfte es nur des Tupfers, ſo ſprang die Compenſation von ſelbſt auf. Die moderne Lehre, weil ſie von einem wirklichen „nicht von ſelbſt“ ausgeht und zu einem nur fingirten „von ſelbſt“ kommt, ſtellte die Anforderung an das factum hominis höher. Was die gerichtliche Compenſation anlangt, ſo verlegte ſie das factum hominis in eine exceptio, die wir verwerfen mußten. Was aber die außergerichtliche Compenſation betrifft, ſo forderte ſie einen Vertrag, und mit Recht.

§ 42.

Erſtaunlich wenig findet ſich in den Quellen für außergerichtliche Compenſation. Das beſtärkt eine ohnehin nahe genug liegende Vermuthung. Je mehr es ſtrengrechtliche Forderungen waren, die ſich zur Compenſation eigneten, deſto öfter wird dieſe in der Zeit, die für uns heller iſt, in zwei Acceptilationen gekleidet worden ſein. Novationen mochten den Ueberſchuß feſtſtellen. Von Compenſation war dann nicht eigends mehr die Rede, wie überhaupt von dem materiellen Grunde der Acceptilation, ihrem formellen Charakter zu Folge, verhältnißmäßig wenig geſprochen wird. Mir mangelt ein ganz treffendes Beiſpiel für Acceptilationen, deren Zweck Compenſation iſt; doch fehlt wenig bei folgendem:

l. 81 § 5 D. leg. I. (30) Julian. „Titio fundum do, lego, si heredi meo X dederit,“ si X heres Titio debuisset, et ea Titius accepta ei fecisset, fundum vindicare potest.

Digitized by Google

Es fehlt hier nur, daß der Erbe kein wahres Forderungsrecht hat. Labeo's Regel aber:

l. 23 D. accept. (46, 4): Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum —

zeigt im Allgemeinen, wie häufig es vorgekommen ſein muß, in Anbetracht von Gegenforderungen zu acceptiliren. — Indeß findet ſich doch Einiges, was zur Gewißheit erhebt, daß die außergerichtliche Compenſation eine eigene, nicht blos eine entlehnte Form gehabt habe. Freilich, wenn einige Stellen mit offenbarem Bezug auf außergerichtliche Compenſation einer „compensatio" gedenken, ohne von Acceptilationen oder allenfallſigen pacta de non petendo zu ſprechen, ſo muß darum die compensatio noch nicht ein eigenes Geſchäft ſein. Man mochte, was vorging, eine compensatio nennen, der nothwendigen Aufrechnung halber; dennoch konnte der juriſtiſche Effect in etwas Anderem liegen, das der Compenſation nicht eigenthümlich war. Das Entſcheidende liegt vielmehr in der Wirkung, welche der alſo erwähnten Compenſation beigemeſſen wird. Sie wirke, ſo heißt es an mehreren Orten[3]), wie solutio. Damit iſt keine fingirte[4]), ſondern eine wirkliche Zahlung gemeint. Sie iſt ein wahrhafter modus tollendi obligationem[5]), eine wahre solutio, nur nicht die eigentliche, ſondern eine Abart. Die Acceptilation nun aber iſt unter den modis tollendi obligationem der

3) l. 4 D. qui pot. in pign. (20, 4.) Ulp. — perinde haberi debere, *ac* si priori creditori pecunia *soluta esset*. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit. — l. 4. Cod. h. t. Vgl. l. 20. § 2. D. statu liber. (40, 7.) Paulus.

4) wie Krug (ebendaſ. S. 78 oben) meint. Eine fingirte (imaginaria solutio) iſt die alte acceptilatio per aes et libram, inſofern ſymboliſch eine Zahlung vorgeſtellt wird. Gajus III. § 173.

5) was Krug in einem eigenen Paragraphen (§ 7.) verneint.

Digitized by Google

vornehmſte; ſie hebt civiliter im engſten und ſtrengſten Sinne des Wortes, ja im Vergleich zu ihr ſelbſt die eigentliche solutio nur naturaliter auf[6]). Man konnte alſo, während man von einer Compenſation ſprach, welche eine Abart der solutio ſei, nicht an eine Acceptilation denken; an ein pactum de non petendo ſchon deswegen nicht, weil dieſes nirgends einer solutio verglichen oder ſo genannt wird. Es bleibt nichts übrig, als das Daſein einer compensatio von eigener Form ſich gefallen zu laſſen.

§ 43.

Krug[7]) meint, es berechtige uns nichts zu der Annahme, daß dieſe Form in mehr als einer einſeitigen Erklärung beſtanden habe. Hieran erkennt man ſein Schwanken zwiſchen der modernen und der tyndar'ſchen Lehre[8]). So deutet er das si compensa*verit* in l. 4. D. qui pot. (20, 4) für ſich; es heiße nicht: si compensa*verint* inter se. Aber wenn z. B. in l. 76. D. v. s. (50, 16) Paulus von Einem ſagt: perm*utavit*, meint er damit, daß durch einſeitige Erklärung getauſcht werde? Eher möchte l. 18. pr. D. pign. act. (13, 7)[9]) für Krug's Anſicht ſprechen, wo Paulus zum Pfandgläubiger ſagt: tecum pensabis. Doch das iſt ein Pfandgläubiger, der aus der ihm zum Pfand ge-

---

6) l. 107. D. solut. et lib. (46, 3.) Pomp. l. 59. D. cond. indebiti (12, 6.) Papin.

7) a. a. O.

8) vergl. oben § 3. Note 18.

9) Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio: ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo *si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis:* si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Vgl. l. 13. § 2 D. pign. (20, 1.) in fin.

Digitized by Google

gebenen Forderung Geld gemacht hat. Dieſer, ſagt Paulus, ſoll ſeine Forderung von der eingetriebenen Summe in Abzug bringen, was übrig bleibt, herausgeben, oder, wenn es ein Activreſt iſt, noch zu fordern haben. Hieraus etwas für die Form der außergerichtlichen Compenſation folgern zu wollen, ſcheint mir weit gefehlt zu ſein. Gewiß iſt, daß der Pfandgläubiger ſo weit, als ſeine Forderung reicht, durch die eingetriebene Summe bezahlt wird. Aber wird er es erſt durch das secum pensare, oder wird er es durch compensatio? Letztere müßte jedenfalls eine ganz ungewöhnliche compensatio ſein; denn er iſt ja durch Baarzahlung befriedigt. In Folge der Eintreibung des Geldes iſt er Eigenthümer des Geldes. Es fragt ſich nur, ob und wie viel von dieſem er an den Pfandſchuldner herausgeben muß. Daß er ſo viel, als ſeine Forderung beträgt, behalte, und daß in ſo weit auch ſeine Forderung getilgt ſei, iſt von vorn herein ausgemacht. Ich wüßte aber nicht, was die Empfangnahme einer Summe, die mein wird, ohne wieder herausgegeben werden zu müſſen, und die meine Forderung tilgt, Anderes ſein ſollte, als eigentliche *solutio*. Aber meine Forderung kann größer oder kleiner ſein; ich kann noch etwas zu fordern oder herauszuzahlen haben; um das zu wiſſen, muß ich mit mir rechnen, mecum pensare. Das iſt die eine Seite jenes secum pensare, wornach es weder eigentliche noch uneigentliche Zahlung, ſondern bloße Berechnung iſt. Ich glaube aber, es iſt nicht die einzige Seite. Die römiſchen Juriſten drücken mit dieſem secum pensare auch das Motiv aus, warum der Pfandgläubiger, ſo weit ſeine Forderung reicht, Eigenthümer des eingetriebenen Geldes nicht nur wird, ſondern bleibt, warum er in ſo weit bezahlt iſt. Die Verpflichtung zur Herausgabe geht unter durch ſein Recht zu fordern. Darin liegt Anlaß, an die Compenſation zu denken und den

Digitized by Google

ganzen Vorgang als ein Recht der Compenſation zu bezeichnen. Aber von der Compenſation als rechtlichem Geſichtspunkt iſt weit verſchieden die Compenſation als Geſchäft, und gerade deswegen, weil das pensare a. a. O. das Geſchäft der Compenſation nicht iſt, iſt es ein bloßes *secum* pensare. Die Quellen ſelbſt ſprechen ſich ſonſt darüber, ob das eigenthümliche Geſchäft der Compenſation, nach dem wir forſchen, ein einſeitiges oder ein Vertrag ſei, direct nicht aus. Wir müſſen der Sache von der Seite her beizukommen ſuchen.

Die Einſeitigkeit möchte man vielleicht noch in Folgendem zu entdecken glauben. Einmal iſt unwiderleglich, daß die außergerichtliche Compenſation eine Art Zahlung iſt, wodurch die compenſirten Forderungen ipso jure, d. h. derart aufgehoben werden, daß nichts von ihnen übrig bleibt[10]). Das iſt einſtimmig angenommen. Woher dieſe civilrechtliche Kraft? Die compensatio wäre, wenn ein Vertrag, jedenfalls ein nudum pactum. Formloſe Verträge mit civiler Kraft ſind aber als Ausnahme behandelt und eigens aufgezählt worden; warum denn die Compenſation nicht? Lag aber die civile Wirkung der außergerichtlichen Compenſation nicht im Vertrage, ſo iſt er eben unweſentlich: ſie konnte vielleicht wie eine ratihabitio die Form einer Uebereinkunft empfangen, aber nicht in dieſer, ſondern in dem einſeitigen Willen ihren hinreichenden Grund haben. — Zweitens wird ja gerichtlich compenſirt, ohne daß es der Kläger will. Gilt außer Gericht ein anderes Recht?

Hiegegen und zwar zunächſt gegen das zuletzt erhobene Bedenken Folgendes. Wäre auch die gerichtliche Compenſation eine Art solutio, ſo müßten wir allerdings auch außerge-

10) l. 4. Cod. h. t. — ipso jure pro soluto compensatione haberi oportet.

Digitized by Google

richtlich einseitig compensiren lassen; denn es wäre nicht abzusehen, warum ich dem Kläger wider seinen Willen compensationsweise, zwar vor Gericht, aber nicht außer Gericht soll zahlen dürfen. Der Umstand, daß vor Gericht ein Beweis der Gegenforderung, der außer Gericht nicht denkbar ist, nothwendig werden kann, kann keinen Unterschied begründen, der für die Frage von Einfluß wäre. In und außer Gericht hätte die Erklärung, compensirt haben zu wollen, die Wirkung der tanquam solutio: aber in und außer Gericht unter der natürlichen Voraussetzung, daß die Gegenforderung existirt. Wird diese Existenz streitig, so muß sie bewiesen werden, und zwar, wenn vor Gericht compensirt wird, sogleich; wenn außer Gericht, dann, wann die Sache einmal vor Gericht kommt. Der ganze Unterschied läge also darin, daß bei der gerichtlichen Compensation zu beweisen wäre, daß während des Prozesses, — im andern Falle aber, daß schon früher compensirt worden sei. — Allein wir wissen, daß zuerst vor Gericht gar nicht, dann nur arithmetisch compensirt wurde, und daß endlich in der Compensation neuester Art Forderung gegen Forderung nicht durch solutio, sondern durch prozessualische Consumtion gegen einander aufgehen. Diesen Effect kann der Schuldner allerdings einseitig, aber eben nur durch Prozeß erreichen. Daraus kann natürlich nicht gefolgert werden, daß auch die außergerichtliche Compensation, deren Wirkung und Inhalt etwas Anderes, nämlich eine Art solutio ist, einseitig geschehen könne.

Eben darin aber, daß die Compensation eine Art solutio ist, liegt auch die Beseitigung des Bedenkens, wie sie als formloser Vertrag ipso jure aufzuheben vermöge. Weil dieser Vertrag eine solutio enthält, ist er nicht in allen Richtungen, sondern nur insofern *nuda* conventio, als er der solennen Form entbehrt. Aber das Wort nudus bedeutet nicht immer Entblößung von der

Digitized by Google

Form[11]), ſondern auch Entblößung vom Inhalt, wie in der „nuda proprietas“ im Gegenſatze zu der mit dem usus fructus, und wiederum im „nudus usus“ als usus sine fructu gegenüber dem usus cum fructu. Sehr nahe verwandt mit dieſem letzteren Gegenſatze iſt der von Wort und Werk. Nuda voluntas bezeichnet nicht blos das formloſe Wort, Erbe ſein zu wollen, gegenüber der förmlichen Erklärung des cernere, ſondern auch das bloße Wort gegenüber dem Werke der pro herede gestio. (Gaj. 2, 167.) So bezeichnet nuda voluntas den Vertrag der Eigenthumsübertragung, ſofern eine ſachliche Uebertragung nicht mehr nothwendig iſt, gegenüber dem mit traditio (l. 9 § 5 D. adq. dom. [41, 1.] Gaj.). So wird auch der obligatoriſche Vertrag nuda pactio im engern Sinne genannt, wenn ihm nicht causa subest, d. h. wenn er blos auf Worte, nicht auf Werke geſtützt iſt (l. 7. § 4. D. pact. [2, 14.] Ulp.). — Die außergerichtliche Compenſation als liberatoriſcher Vertrag nun iſt zwar nuda conventio als formloſes Wort gegenüber dem förmlichen der Acceptilation; aber ſie iſt nicht bloßes Wort, ſondern Werk, und in ſofern nicht nuda conventio. Denn ſie iſt ja eine Art solutio und enthält als ſolche nothwendig eine Art dare. Daher ſagt Paulus l. 75 D. v. s. (50, 16):

> Dedisse intelligendus est etiam is qui permutavit vel compensavit —

und wäre auch nur eine Art dare, nicht ein wirkliches dare in der außergerichtlichen Compenſation enthalten, ſo hätte der Sclave, dem die Freiheit mit der Auflage „heredi decem *dare*“ vermacht war, nicht durch Compenſation frei werden können. l. 20 § 2 D. (40, 7.) Paul.:

---

11) wie ſämmtliche b. f. judicia im Gegenſatz zur verbalis obligatio, wie das pactum de non petendo im Gegenſatze zur Acceptilation ꝛc., nudae conventiones ſind.

Digitized by Google

Quod si heredi *dare* jussus est decem et eam summam heres debeat servo, si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber.

Wie nun in der eigentlichen solutio nicht die Uebereinkunft es iſt, die den Schuldner ipso jure liberirt, ſondern die im dare enthaltene res, ſo iſt auch in dem uneigentlichen zweiſeitigen dare der außergerichtlichen Compenſation der Grund civilrechtlicher Befreiung beider Schuldner zu ſuchen. Als ein dare endlich iſt die außergerichtliche Compenſation zwar nicht an eine ſolenne, aber immerhin an eine Uebereinkunft gebunden, daher die außergerichtliche Compenſation nothwendig ein Vertrag. Die außergerichtliche Compenſation iſt ein liberatoriſcher Realvertrag.

Alſo haben die Richter in Tyndarus Stadt wohl falſch geurtheilt. Ins praktiſche Leben kann auch der Satz, daß außergerichtlich einſeitig compenſirt werde, niemals recht eingedrungen ſein. Sonſt wäre das Erforderniß der Liquidität längſt überwunden worden. Man ſtatuirt dieſes nur für den Fall, wo erſt vor Gericht compenſirt werden ſoll, nicht für den Einwand, daß ſchon compenſirt ſei. Würde nun außergerichtlich einſeitig compenſirt, ſo müßte man ſich über den Anwalt wundern, der nicht noch vor der Streiteinlaſſung dem Gegner ſeines Clienten die betreffende Notification zufertigt und dann vor Gericht behauptet, es ſei compenſirt.

Digitized by Google

Vierter Abſchnitt.

Folgerungen.

Erſtes Kapitel.

Von dem Erforderniß der par species.

§ 44.

Nach unſerer Auslegung von l. ult. Cod. h. t. können jedweder Klage alle möglichen Arten von Gegenanſprüchen, ohne Rückſicht auf par species und Connexität, entgegengehalten werden. Allgemeiner Name ſolcher Klagentgegnung iſt compensatio, wiewohl die verſchiedenen Gattungen der früheren retentio darunter begriffen ſind. Das alte Durchführungsmittel der retentio, die exceptio doli, iſt abgeſchafft; der Gegenanſpruch ſoll nicht mehr blos zu einſeitigem Spruche, ſondern wie einſt in b. f. judiciis nun in weiteſtem Umfange zu gleichzeitiger Anerkennung und Durchſetzung von des Klägers, wie von des Beklagten Rechte führen. In vielen Fällen wird dieſe gleichzeitige Berückſichtigung durch compensatio im alten Sinne geſchehen: durch ſofortigen Abzug, wenn compenſable Größen ſchon vorliegen; durch Abzug nach vorgängiger Taration, wenn Anſpruch und Gegenanſpruch auf Aeſtimation gehen. Wo dagegen dies nicht ſtattfinden kann, da muß die Condemnation gegen den Kläger wie Beklagten gehen; wir haben ein judicium duplex, wie denn

Digitized by Google

das b. f. judicium überhaupt, wenn gleich nicht der Form, ſo doch dem Inhalte nach, ein judicium duplex ſein konnte. Für dieſen Fall verliert die neuere compensatio die bei der älteren unumgängliche Bedeutung einer Rechnung. Sie bedeutet nur noch eine Vertheidigung, die zu gleichzeitiger Befriedigung zweier Anſprüche führt, und damit zwei Gegenſätze, den gegen die einſeitig wirkende exceptio doli die frühere retentio, und als Vertheidigung den gegen die Widerklage.

§ 45.

In dieſem allgemeinen Sinne ſetzt die Compenſation, wie geſagt, nicht einmal Forderungen, geſchweige denn Forderungen gleichartigen Inhalts voraus. Hieraus allein dürfte, wie ſchon einmal erwähnt iſt, erklärlich werden, warum in das corpus juris kein Fragment aufgenommen iſt, welches in der Weiſe, wie Paulus rec. sent. II, 5. § 3 die alte Regel der par species für Compenſation von Forderungen ex dispari causa ausſpricht. Eine ſolche Regel ſchien dem Beſtreben zuwider, aus den alten Compenſationen in b. f. und str. j. judiciis und aus mehreren Arten der Retention Eine Compenſation zu machen.

Die Compenſation in dieſer Allgemeinheit feſtgehalten, kommen wir dann auch mit der herrſchenden Lehre darin überein, daß es eine Compenſation gegen dingliche Rechte und mit ihnen gebe. Aber der Sinn, in dem wir dieſes zugeben, iſt ein ganz anderer als der, in dem es die herrſchende Lehre behauptet. Dieſe ſieht in der Compenſation von dinglichen Rechten eine muthmaßlich erſt durch Juſtinian[1]) bewirkte Erweiterung des alten Inſtitutes der compensatio ex dispari causa, pari specie. Die Folge iſt, daß ſie auch die Compenſation von dinglichen

1) Sintenis a. a. O. S. 31.

Digitized by Google

Rechten an das Erforderniß der par species bindet. Nach unſerer Anſicht iſt nicht die Erweiterung Eines, ſondern die Verbindung zweier Inſtitute, der Compenſation und der Retention eingetreten. Die Verbindung liegt in der gemeinſchaftlichen Art der Behandlung im Prozeß. An den materiellen Vorausſetzungen des einen und des andern Inſtitutes iſt nichts geändert, nichts von dem einen auf das andere übertragen worden. Soweit Retentionen dingliche Rechte betreffen, wird unter dem allgemeinen Namen der Compenſation nun auch dinglicher Rechte, oder, wie die Quellen ſelbſt richtiger ſprechen, dinglicher Klagrechte erwähnt. Die Gemeinſchaft der Retention mit der Compenſation liegt lediglich im Prozeſſe —, das dingliche Recht kommt unter dem Namen der Compenſation zur Sprache, in ſofern es zur Retention dient; alſo lediglich unter den Vorausſetzungen, die zur Retention gehören, demnach nicht unter der Vorausſetzung einer par species.

Daß es gerathen ſein dürfte, das Vorkommen dinglicher Rechte unter der Compenſation in unſerer Weiſe zu erklären, zeigt ſich auch in der Schwierigkeit, dingliche Rechte in jenes alte Inſtitut hineinzudenken. Das Erforderniß der par species bei der Compenſation ex dispari causa iſt nicht ein äußerliches, zufällig beliebtes. Vor Allem war jene actio cum compensatione ohne Forderungen gleichen Inhalts nicht denkbar. Die Meinung Krugs, im älteren Rechte habe man mit einer Geldforderung gegen jede andere Forderung, ja gegen dingliche Klagen, deswegen compenſiren können, weil durch den Prozeß jedes Recht zu einer Geldforderung geworden ſei[2]), beruht auf der Voraus-

2) a. a. O. S. 131. In ſpäterer, jedoch noch claſſiſcher Zeit ſei man von dieſer Ausdehnung der Compenſation zurückgekommen. Das iſt an ſich ein ſehr ungewöhnlicher, der Erklärung bedürftiger Verlauf, daß das ſpätere Recht von einer Ausdehnung des älteren zurückkommt. Außerdem wird Krugs

Digitized by Google

ſetzung, es habe die gerichtliche Compenſation in der Art ſtattgefunden, daß die Forderung ſchlechthin eingeklagt, und dann vermittelſt exceptio compenſirt worden ſei. Anſtatt deſſen mußten wir eine Klage auf den Ueberſchuß ſetzen. Aber dieſe ſetzt eine Rechnung, die Rechnung Zahlen, die Zahl eine Größe voraus, bei der nicht der Inhalt, ſondern eben nur die Größe in Betracht kommt[3]). Dieſe Indifferenz des Inhalts der einander entgegengeſetzten Forderungen kommt nur durch die Gleichartigkeit des Inhalts zu Stande. Daher drängten einige Juriſten auf abſolute Gleichartigkeit[4]). So iſt die ganze Einrichtung der actio cum compensatione nicht ohne Gleichartigkeit des Inhalts denkbar. Dieſe Einrichtung ſelbſt aber und ihre Verallgemeinerung

---

Annahme durch einen anderen Umſtand ſehr bedenklich. Paulus r. s. II, 5. § 3. und Gajus IV, 66 laſſen ausdrücklich Forderungen auf Getreide, Wein ꝛc. compenſiren. Eingeklagt, wurde eine derartige Forderung zur Geldforderung. Deſſenungeachtet durfte mit einer Nichtgeldforderung gegen dieſelbe compenſirt werden. Alſo kam darauf, was durch die Novation aus der eingeklagten Forderung wurde, nichts an. Nach Krugs Annahme wäre etwas darauf angekommen.

3) Da die beiden Forderungen fire Zahlen bieten mußten, waren ſie nothwendig ſtrengrechtlich. Noch in der claſſiſchen Zeit muß eine Compenſation von gleichartigen b. f. actiones aufgekommen ſein. Dahin deutet das Verbot der Compenſation gegen die actio depositi bei Paulus r. s. II, 12. § 12., wobei (wie in l. 11. C. dep. [4, 34.] ein ſolcher Fall ausdrücklich hervorgehoben wird) an Gelddepoſiten und Gegenforderungen an Geld, kurz an gleichartige Größen gedacht ſein muß. Derartige Fälle wurden gewiß wie die Compenſation ex eadem causa behandelt. Uebrigens ſcheint die Anlage der b. f. j. einer ſolchen Compenſation von Forderungen, zwar gleichen Inhalts, aber ex dispari causa, nicht günſtig geweſen zu ſein: denn der opponirten Gegenforderung mußte der Kläger wiederum eine compensatio ex eadem causa entgegenhalten können. Aus der Zweiſeitigkeit des b. f. j. mußte in der Art ein judicium triplex, oft quadruplex werden. Anwendbarer war Retention vermittelſt exceptio doli.

4) — adeo ut quibusdam placeat, non omnimodo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum sed ita si ejusdem naturae qualitatisque sit. Gaj. IV, 66.

hatte, wie wir meinten, nur den Zweck, die Billigkeit der außergerichtlichen Compenſation in der einfachſten und geeignetſten Weiſe zu gewähren. Hinwiederum aber war jene Billigkeit ſelbſt nicht äußerlich und beliebig, ſondern nothwendig an die Vorausſetzung der par species gebunden. Denn forderte die Billigkeit einerſeits ein non solvere, ſo forderte ſie andererſeits doch eine Befriedigung der Partheien. Sollte dieſe durch gegenſeitiges Hingeben der Forderungen geſchehen, ſo mußte deren Inhalt im Vergleiche zu einander indifferent, alſo gleichartig ſein. In dem Erforderniß der Gleichartigkeit iſt von ſelbſt bedingt, daß die beiden Forderungen ihrem Gegenſtande nach auf Fungibilitäten gerichtet und nur in genere beſtimmt ſeien. Denn iſt der Inhalt einer Forderung nicht durch Individuen deſſelben genus vertretbar, ſo kann er mit dem Inhalt einer andern Forderung nicht gleichartig ſein. Iſt er aber an ſich vertretbar, jedoch individuell beſtimmt worden, ſo hat er eben dadurch ſeine Fungibilität verloren. Wie nun konnten dingliche Rechte, die nothwendig an individuell beſtimmten Sachen haften, zur Compenſation kommen?

Einige meinten damit auszureichen, daß eigentlich auch das Recht des Eigenthümers gegen den Beſitzer einer Sache eine Forderung ſei[5]). Juſtinian habe ſein debitum im weiten Umfange verſtanden wiſſen wollen[6]). Träfe ſich nun, daß Jeder gegen den Andern Fungibilien gleicher Art zu vindiciren habe,

5) Noodt (a. a. O. S. 286) datirt dies auf einen urweltlichen Theilungsvertrag zurück. Imperator Justinianus debitum in compensatione, ante solitum haerere intra personales actiones, ad actiones in rem porrexit: arbitratus, restitutionem possessionis, quae his vindicatur, jure quidem civili domino non deberi sine ejus et possessoris conventione: *sed ei deberi nihilo minus jure gentium ex primaeva conventione distinctorum dominorum*: non male, nec sine exemplo.

6) Maeſter a. a. O. quaest. 21.: debitum late voluit suml —.

Digitized by Google

ſo ſei die Compenſation von dinglichen Rechten da[7]). So gewiß nun aber Compenſation und Tauſch zweierlei Dinge ſind[8]), iſt dieſe Anſicht falſch. Kommen A und B überein, daß Jeder die dem Andern gehörigen 10 Scheffel Waizen, ſtatt ſie herauszugeben, für ſich behalte, ſo iſt getauſcht. Würde aber A vindiciren, ſo könnte man immer nur fragen, ob ihn B zum Tauſch, nicht, ob er ihn zur Compenſation zwingen könne.

Eine mehr verbreitete Anſicht iſt die, welche Cujacius und Donellus hatten: eine Compenſation von dinglichen Rechten greife Platz, in ſo fern es zur Aeſtimation der Sache, hiermit zur Geldforderung komme, und dann Geld gegen Geld compenſirt werde[9]).

---

7) Derſelbe a. a. O. Si quantitas utrinque debeatur, vel alia res fungibilis. Noodt a. a. O. — obtinet in omni casu, quo actio in rem locum habet: sed ita demum, si in ea praestanda quantitas est.

8) — qui permutavit vel compensavit l. 76 D. v. s. (50, 16).

9) Cuj. ad tit. Cod. de comp. prooem.: Corporis cum corpore non fit compensatio, licet, cum de corporibus agitur, dicitur, sed improprie, compensationi locum esse. Id enim agitur rebus ad aestimationem redactis; aestimationes illae ultro citroque concurrentes, quantitate compensantur. — Donellus ad l. ult. Cod. h. t. Si species petita extare desinit, pro qua possessor aestimationem debere incipiat, quod contingit, cum res petita dolo aut culpa possessoris periit. — Vgl. Lauterbach a. a. O. S. 992. — Haſſe am angef. O. S. 187: Die Compenſation bei actiones in rem könne nur zur Frage kommen, „wenn entweder die Hauptſache durch dolus, oder während des Prozeſſes durch negligentia verloren gegangen war, und nun die Aeſtimation geleiſtet werden ſoll; oder es iſt wegen Nebenpräſtationen eine aestimatio mit eingeklagt, dann können Gegenforderungen in Beziehung auf dieſelbe Sache vorkommen, die an ſich zur Compenſation qualificirt ſind, z. B. der Beſitzer hat Verwendungen gemacht.“ (Doch meint Haſſe hier eher eine retentio oder deductio annehmen zu müſſen.) — Buchta, Vorleſ. II. S. 136 f.: „Nur bei fungiblen Sachen iſt Compenſation denkbar, wenn par species iſt; bei individuell beſtimmten Sachen iſt ſie nicht möglich, die Forderung müßte denn in eine Geldforderung übergegangen ſein; (daher iſt ſelbſt gegen eine in rem actio Compenſation denkbar.)“

Digitized by Google

Darin traf diese Ansicht gewiß das Richtige, daß sie das dingliche Recht, ehe compensirt werden soll, zur Forderung macht. Allein wann, in welchem Stadium des Prozesses erwächst, vorausgesetzt, daß es zur Schätzung kommt, das dingliche Recht zur Geldforderung? Theilweis im classisch römischen, durchaus im heutigen Prozesse geht die Execution zunächst auf Naturalrestitution. Häufiger wird erst in der Executionsinstanz offenbar, daß Naturalrestitution nicht möglich und die Execution nun auf Leistung der Aestimation zu richten ist. — Also nicht der belangte, erst der condemnirte Schuldner könnte nun mit einer Geldforderung Compensation begehren; wir hätten eine Compensation nicht gegen die actio in rem, sondern nach römischem Rechte gegen die actio judicati. An diese kann aber Justinian nicht gedacht haben, wenn er von Compensation der actiones in rem sprach. Da er der letzteren ganz allgemein erwähnt, mag er auch nicht an die besonderen Fälle gedacht haben, in denen die dingliche Klage von vorn herein Condemnation in den Werth verlangte.

Einen Fall des Zusammentreffens persönlicher Forderung mit dinglichem Rechte müssen wir besonders hervorheben: den, wo gegen eine eingeklagte Forderungsquantität es sich um die Compensation einer individuell ausgeschiedenen, dem Beklagten eigenthümlich gehörigen Quantität ejusdem generis handelt. A klagt eine Geldforderung von 1000 ein, während B eine gleich große, ihm eigenthümlich angehörige Geldsumme bei A deponirt hat. Kann nicht vielleicht hier mit dinglichem Rechte compensirt werden? Die Forderung des Beklagten, meinen Einige [10]), dürfe speciell bestimmt sein. Allein gerade, wenn die Forderung des Beklagten speciell bestimmt ist, darf an keine Compensation

10) vergl. Krug a. a. O. § 44. S. 122.

Digitized by Google

gedacht werden, weil wir wie oben auf einen Tausch, so hier auf eine eigenthümliche solutio stoßen. Ueberläßt B die deponirten 1000 in Anbetracht schuldiger 1000 außergerichtlich, so ist das offenbare Zahlung (naturalis solutio). Will er, eingeklagt, dasselbe thun, so fragt sich vor Allem, ob Kläger die Deponirung und das Eigenthum zugesteht. Wenn er nicht nur zugesteht, sondern auch bereit ist, das deponirte Geld anzunehmen, so ist der Prozeß dadurch, daß der Beklagte durch br. m. traditio den Kläger zum Besitzer und Eigenthümer der deponirten 1000 macht, gütlich, durch eigentliche Zahlung geschlichtet. — Falls aber der Kläger Deponirung oder Eigenthum läugnet, so ist hiermit erklärt, daß er durch das deponirte Geld nicht bezahlt sein wolle; durch Beweis der Deponirung und des Eigenthums könnte ihn nun der Beklagte nicht zwingen, bezahlt zu sein, weil er ihn nicht zwingen kann, Eigenthümer zu werden. In Voraussicht dessen muß Beklagter sein Recht an das deponirte Geld als Forderung anbringen. Dies kann er ohne Reconvention, durch ein bloßes compensationsweises Anbringen. Hiergegen vermag der Kläger durch Abläugnung des Eigenthums nichts, auch sein Läugnen der Annahme des Depositums hülfe ihm nichts: denn sofern sich letzteres erweist, kommt es zur richterlichen Ausgleichung und damit zur prozessualischen Consumtion beider Forderungen. Also haben wir auch in diesem Falle entweder die eigentliche Zahlung, oder eine Compensation von Forderungen, nicht von dinglichen Rechten.

§ 46.

Also nur in sofern lassen wir Compensation von dinglichen Rechten zu, als überhaupt Recht gegen Recht ohne Widerklage blos compensationsweise angebracht werden kann.

Für diese verallgemeinerte gerichtliche Compensation gibt es kein Erforderniß der *par species*.

Digitized by Google

Aber deſſenungeachtet hat jene alte Compenſation, deren Billigkeit erſt durch exceptio befördert, dann durch die actio cum compensatione erreicht wurde, nicht aufgehört, ein eigenes Inſtitut zu ſein. Sollte ſie ſich gleich im Prozeſſe unter einer Menge einſt gar nicht vorhandener oder ſolcher Compenſationen verloren haben, die weder dem Weſen noch dem Namen nach etwas mit ihr gemein hatten, ſo beſteht ſie doch außergerichtlich für ſich fort.

In ſofern iſt *par species* immer noch ihr Erforderniß.

Denn nur unter Vorausſetzung der par species laſſen die Quellen Forderung durch Forderung zahlen. Treten zwei Parteien zuſammen, um Forderungen verſchiedenen Inhalts gegen einander aufzugeben, ſo iſt hierin keine Compenſation zu erblicken; denn die Compenſation iſt eine Art solutio. Wir ſind durch nichts berechtigt, anzunehmen, daß dieſe tanquam solutio auf Fälle erſtreckt wurde, wo Forderungen verſchiedenen Inhalts gegen einander aufgegeben wurden. Hier wird man bald durch Acceptilationen, bald durch pacta de non petendo geholfen haben[11]).

Der hergebrachten Annahme, daß die ſog. *compensatio voluntaria* an das Erforderniß der *par species* nicht gebunden ſei, können wir daher nicht beipflichten.

Vielleicht verlangt aber das Verhältniß gleichartiger Forderungen ſelbſt im Prozeſſe noch Rückſicht. Hiervon im nächſten Kapitel.

---

11) Auf letzteres deutet fr. 51. pr. D. pactis (2, 14) Ulp. Si cum te ex causa legati debere debitori tuo existimas, pactus sit: „ne ab eo peteres“ neque jure ipso liberatur debitor, neque petentem summovebit exceptione conventionis, ut Celsus lib. XX. scribit.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Erforderniß der Liquidität.

§ 47.

Daß das Erforderniß der Liquidität [1]) auf Compenſation ex causa dispari zu beſchränken ſei, haben bereits Haſſe und Bethmann-Hollweg gelehrt. Unter den Fällen, die wir unter jene verallgemeinerte prozeſſualiſche Compenſation der l. ult. Cod. h. t. zogen, weichen demnach die von Gegenanſprüchen ex eodem b. f. negotio und bei dinglichen Klagen ex eadem re von dieſem Erforderniſſe ab. Die an ſich allgemeine Vorſchrift des § 1. l. ult. Cod. h. t. wäre demnach um ein Bedeutendes verengert.

Nach der bisher üblichen Auslegung der l. ult. Cod. h. t. blieben für das Erforderniß der Liquidität nur die Fälle unſerer Compenſation, die ex causa dispari, pari specie. Alſo gerade der Fall, zu deſſen Gunſten einſt die exceptio doli und die actio cum compensatione aufgeſtellt und erfunden worden war, ein

---

1) l. 14. § 1. C. h. t. Justinian. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent; litem autem pristinam jam paene expeditam, sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

Digitized by Google

Fall, in dem man nach Allem, was wir wissen, vor Justinian immer nur nach dem Rechte zur Compensation gefragt hatte, für den Beweis aber eben den Prozeß geschaffen glaubte, — ein Fall, dessen prozessualische Behandlung nach l. ult. Cod. h. t. eben so war, wie ein paar Jahrhunderte vorher, der also nichts bot, was zu diesem immerhin abnormen Erforderniß der Liquidität besonders gedrängt hätte —, gerade dieser Fall wäre dem Erforderniß der Liquidität unterworfen.

Nach unserer Auslegung von l. ult. Cod. h. t. dagegen sind unter den dort behandelten compensationes nicht nur die ex eadem causa und ex eadem re, nicht nur die eigentliche Compensation ex causa dispari, p. sp., sondern alle Fälle enthalten, in denen gegen irgend eine Klage irgend ein ihr nicht verwandtes Recht, ohne Rücksicht auf Gegenstand und Inhalt, nicht reconventions-, nicht exceptions-, sondern compensationsweise opponirt wird. Ja wir glaubten, daß aus der Neuerung, solche nichtverwandte, ungleichartige, persönliche und dingliche Ansprüche compensationsweise opponiren zu lassen, das Erforderniß der Liquidität entsprungen sei. Gerade auf diese letztgedachten Fälle nun möchte ich das Erforderniß der Liquidität beschränkt wissen: von ihm also nicht nur die Compensation connerer Ansprüche, sondern auch die der nichtconneren, aber gleichartigen Forderungen ausnehmen.

§ 48.

Den Grund für diese weitere Einschränkung finde ich nicht nur darin, daß der Gedanke an das Erforderniß der Liquidität nicht aus dem Falle der Compensation entsprang, sondern überdies in einer dogmatischen Erwägung. Nach Justinians Verordnung soll, wenn es wegen Illiquidität nicht zur Klage kommt,

Digitized by Google

die Verhandlung des Gegenanſpruches einem andern Judicium reſervirt, über den Anſpruch des Klägers aber zuvor definitiv erkannt werden[2]). Wie ſteht es nun in dem Falle, da Kläger eine Forderung und zwar Kapital ſammt Zinſen einklagt, Beklagter aber eine illiquide unverzinsliche Geldforderung opponirt? Wird hier die illiquide Gegenforderung vorläufig abgewieſen, wie bekommt Beklagter ſpäter die Zinſen zurück, in die er condemnirt wird, während eine constitutio D. Severi zu Recht beſteht, die ihn bis zu dem congruenten Betrage der beiden Forderungen von den Zinſen befreit? — Haſſe[3]) wirft bei Berührung dieſes Punktes den Satz hin, daß eine condictio hier aushelfe. Dabei muß er gerade nicht an die Regel gedacht haben, daß eine condictio (repetitio) nicht gegen rem judicatam geht. Was dem Beklagten nach Abweiſung der Compenſation noch Anderes übrig bleibt, als ſeine Forderung einzuklagen, iſt nicht abzuſehen. Aber dieſe geht eben nur auf den Betrag ſeiner Forderung, nicht auf die Zinſen einer anderen. Man möchte vielleicht dieſes Recht des Beklagten zu ſichern meinen, entweder durch Caution, oder dadurch, daß jene reservatio judicii, ähnlich den Vorbehalten in unſern außerordentlichen Prozeſſen die Kraft gehabt hätte, einen an ſich unklagbaren Anſpruch klagbar zu machen. Allein Cautionen dürfen anders als auf Grund geſetzlicher Beſtimmungen nicht auferlegt werden. Für vorliegenden Fall iſt keine zu finden. Jene Cautionen in b. f. judiciis, von denen Haſſe[4]) ſpricht, betreffen den Fall der vorhandenen, aber betagten, der ihrer

2) Hoc itaque judices — sententia terminali componant, ſ. S. 151. Anmerk. 1.

3) S. 185. Note 9.

4) a. a. O. S. 181. l. 41. D. judic. (5, 1.) Papin. In omnibus b. f. judiciis, cum *nondum dies praestandae* pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Digitized by Google

Exiſtenz nach bedingten oder ihrem Umfang nach ſchwebenden Forderung[5]). Ueberdies iſt Nichtzahlen immer beſſer, als gegen Caution zahlen[6]). Die letzterwähnte Verkürzung fände auch dann noch ſtatt, wenn die Juſtinianiſche reservatio bereits jenen außerordentlichen Vorbehalt gemacht hätte, dieſen aber anzunehmen wäre nicht minder bedenklich, als das Erforderniß der Liquidität in unſerm Falle aufzugeben. — Ob aber blos in unſerm Falle? Durch das Erforderniß der Liquidität wird jenes alte Geſetz der Billigkeit, des non solvere, auf den Fall eingeſchränkt, in dem die Forderung documentirt iſt, oder der Schuldner nicht läugnet. Das iſt an ſich etwas Ungereimtes. Nun kommt hinzu, daß man unter Umſtänden das Recht gerade zu der Compenſation, von welcher wir hier reden, durch eine condictio indebiti wiederherſtellt. Dieſe condictio indebiti iſt an keine Liquidität gebunden. So ſoll die Billigkeit der Compenſation bald an die Liquidität geknüpft ſein, bald nicht.

Bei dieſen inneren Widerſprüchen und im Hinblick auf den Urſprung der l. ult. Cod. h. t. dürfte von dem Erforderniſſe der Liquidität nicht nur der Fall, in dem die constitutio D. Severi wegen der Zinſen praktiſch wird, ſondern überhaupt die Compenſation ex dispari causa, pari specie auszuehmen ſein.

---

5) ſ. oben § 40. und l. 41 D. jud. (5, 1) Papin.

6) — expedit — legatario retinere summam, quam mitti in possessionem rerum hereditariarum. l. 5. D. except. doli mali (44, 4) Paul.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Wirkung der Compenſation.

§ 49.

Krug [1]) unterſcheidet die Wirkungen unſerer Compenſation nach nicht wenigen Geſichtspunkten. Einmal darnach, daß die Compenſation eine solutio ſei; ſie habe einige Wirkungen der Zahlung, aber als blos fingirte Zahlung eben nur einige [2]). Dann ſei die Compenſation bald tacita, bald expressa, bald voluntaria; auch hieran knüpfen ſich mannigfache Unterſchiede [3]). Endlich haben die Worte: compensatio ſit ipso jure verſchiedene Bedeutungen, wodurch die Mannigfaltigkeit der fraglichen Wirkungen noch verwickelter wird [4]). Nach unſerer Anſicht iſt die Lehre von den Wirkungen der Compenſation ziemlich einfach.

1) Vor Allem ſind die Wirkungen der Compenſation niemals vor der Compenſation ſelbſt da.

Da die Compenſation ſelbſt immer nur facto hominis, durch Oppoſition der Gegenforderung vor Gericht, oder durch Vertrag geſchieht, ſo ſind die Wirkungen der Compenſation niemals vor jener Oppoſition bei Gericht oder vor jenem Compenſationsvertrage da. So die Zeit der Wirkungen.

2) Nach ihrer Art theilen ſie ſich wie die Compenſation ſelbſt in zwei Klaſſen: in die Wirkungen der gerichtlichen und in die der vertragsmäßigen Compenſation.

---

1) ſ. ſein viertes Kapitel a. a. O. Ihm iſt auch Weiske's Rechtslexicon beigetreten.

2) a. a. O. § 27.

3) a. a. O. §§ 27 – 29.

4) a. a. O. §§ 30 — 32.

Digitized by Google

a) Die Wirkungen der vertragsmäßigen Compenſation ſind eben die einer solutio. Die vertragsmäßige Compenſation iſt von der eigentlichen solutio in Form und Umfang verſchieden; das dare iſt in ihr von minder concreter Form und auch immer wechſelſeitig; auch im Inhalte weicht es vom gewöhnlichen ab: es verſchafft kein Eigenthum. Aber in ſeinen Wirkungen iſt dieſes dare ganz das dare der eigentlichen solutio. Die beiderſeitigen Forderungen werden ipso jure aufgehoben; es kann z. B. keine Frage ſein, daß durch daſſelbe auch der andere correus frei wird. Die Regel:

> In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. l. 43. D. sol. (D. 46, 3) Ulp.

gilt auch von der Zahlung der Compenſation. Dadurch wird die Frage praktiſch, ob die vertragsmäßige Compenſation ſich auch auf Forderungen verſchiedenen Inhalts erſtrecken könne. Wenn, wie wir annehmen, ſie dies nicht kann, ſo kann in dem Falle, da Forderungen verſchiedenen Inhalts vertragsmäßig gegeneinander aufgegeben werden, Art und Umfang der Befreiung für die Hauptſchuld und Acceſſionen nicht nach Maßgabe der solutio, ſondern nur nach der eines pactum de non petendo beſtimmt werden.

b) Die Wirkung der gerichtlichen Compenſation aber beſtimmt ſich nach der in Rechtskraft erwachſenen Sentenz. Soweit dieſe auf Compenſation erkannt hat, ſo weit ſind die Forderungen nicht durch Zahlung aufgehoben, wohl aber conſumirt. Die Wirkungen der durch richterliches Urtheil geſchehenen Compenſation ſind die der exceptio rei judicatae gegen die compenſirten Forderungsbeträge.

Digitized by Google

§ 50.

3) Von den Wirkungen der Compenſation, die nie vor der Compenſation ſelbſt eintreten, ſind auszuſcheiden die Wirkungen der Gegenforderung; ausführlicher geſprochen, die Wirkungen, welche ſchon der Coexiſtenz wechſelſeitiger compenſabler (gleichartiger) Forderungen zukommen. Unter letztere gehört nicht die Compenſation, wohl aber das Recht zur Compenſation, auf Grund der von Pomponius dargeſtellten Billigkeit. Wer es nicht im Guten reſpectirte, gegen den ging einſt die exceptio doli mit ihrer nicht compenſirenden, — denn Kläger hatte ja nicht compenſiren wollen — ſondern abſolvirenden Wirkung. Dann wurde dieſes Recht, ſo oft es Beklagter begehrte, durch Formulirung der Klage auf den Ueberſchuß und durch pluspetitio geſchützt. Endlich wurde es nach Art des Gegenanſpruches in b. f. judiciis verhandelt und verwirklicht, in der Weiſe, wie nach l. ult. C. h. t. jedweder Gegenanſpruch zu gleichzeitiger Berückſichtigung kommt; nur daß der einer gleichartigen Gegenforderung immer nur zu einer condemnatio in reliquum, manch anderer aber zu doppelter Verurtheilung führt. Auch durch kein Erforderniß der Liquidität wollen wir das Recht zur Compenſation gleichartiger Forderungen beſchränkt wiſſen.

Ein Anrecht auf den mit den Wirkungen einer solutio verſehenen Compenſationsvertrag liegt gleichfalls ſchon in der Coexiſtenz wechſelſeitiger Forderungen, aber nur der gleichartigen.

Aus dem Recht zur Compenſation, nicht aus einer ſchon geſchehenen Compenſation[5]), nicht aus einer compensatio tacita[6]), ſtammt die condictio indebiti wegen Zahlung ſtatt Compenſation.

---

5) ſ. oben § 7.

6) Krug a. a. O. § 27. S. 78.

Digitized by Google

Ferner gehörte zum Rechte der compenſablen Gegenforderung auch das, den Zins aus dem durch die Gegenforderung gedeckten Forderungsbetrage zu verweigern. Hierzu bedarf es gar keiner Compenſation; die bloße Exiſtenz der gleichfalls auf Geld gerichteten Gegenforderung befreit von der, dieſem Recht entgegen, auf bloßen Zins gerichteten Klage. Nur vermittelſt der Fiction, daß im Augenblick der Coexiſtenz beider Forderungen compenſirt worden ſei, fanden wir dieſes Recht aus der Compenſation ſelbſt deducirbar: der Gegenforderung ſelbſt iſt dieſes Recht durch die constitutio D. Severi verliehen worden [7]).

Dieſes endlich iſt das Recht, welches dem correus nicht zukommt, ſofern nicht er die Forderung hat [8]).

---

7) ſ. oben § 8.

8) ſ. oben den Bethmann-Hollwegſchen Beweis § 15.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Digitized by Google

Berichtigungen.

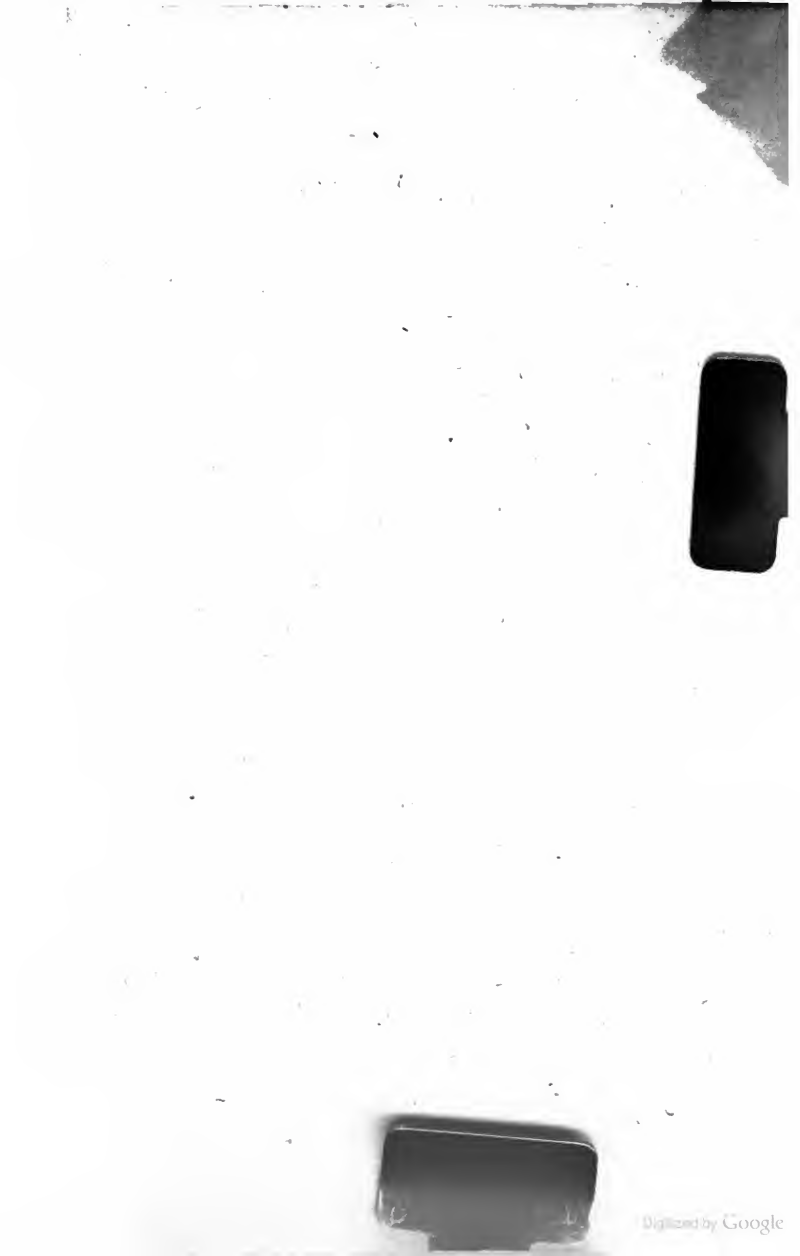
S. 7. Z. 4. v. oben lies: , die — statt diese
S. 35. Z. 8. v. unten lies: Ausspruche — statt Anspruche
S. 43. Z. 7. v. oben lies: darf, nicht wie Krug
S. 83. Z. 2. nach „an?" ist einzuschalten: Man müßte sagen: beiden; aber unter der Bedingung, daß sie eingeklagt, statt compensirt würden. Wenn aber auf der einen oder auf der andern Seite mehrere Forderungen wären?
S. 96. Z. 10. v. oben lies: der Richter nicht urtheilen
S. 140. Z. 8. v. unten lies: und wäre wenn auch
S. 143. Z. 7. v. oben lies statt: die frühere retentio — der früheren retentio

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google